

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

ALIANZA CELLMÓVIL S.A. EN LIQUIDACIÓN

contra

TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil once (2011)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en el decreto 2279 de 1989, la ley 23 de 1991 y la ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre la sociedad **Alianza Cellmóvil S.A. en Liquidación**, en adelante **Cellmóvil**, como parte convocante, y **Telefónica Móviles Colombia S.A.**, en adelante **Telefónica**, como convocada, en razón del contrato de agencia comercial suscrito entre ellas, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS¹.

Es el contrato de agencia comercial C-0815-06 celebrado entre **Alianza Cellmóvil S.A.** -hoy En Liquidación- y **Telefónica Móviles Colombia S.A.**, el cual tuvo vigencia inicial entre el 1° de octubre de 2006 y el 30 de septiembre de 2008, y que tenía por objeto la promoción y venta de los productos y servicios de telefonía móvil celular autorizados por **Telefónica** a cambio de una remuneración.

¹ Ver folios 1 a 31 y 55 a 89 del cuaderno de pruebas No. 1

No obstante lo dicho anteriormente, advierte el Tribunal que una de las pretensiones de la demanda está encaminada precisamente a que se declare que el contrato en mención se encuentra vinculado –sin solución de continuidad- a otros negocios celebrados entre las mismas partes, tal y como se verá más adelante.

2. EL PACTO ARBITRAL.

La cláusula 13.3 del contrato de agencia comercial No. C-0815-06 dispone:

*“Cláusula compromisoria.- Toda diferencia que surja entre **Telefónica Móviles** y el **Agente** en la interpretación del presente contrato, su ejecución, su cumplimiento y su terminación, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, estará integrado por tres (3) árbitros abogados en Colombia, decidirá en derecho, de conformidad con las leyes colombianas, y que se adelantará de acuerdo con las reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los árbitros se designarán por las partes de común acuerdo y a falta de éste, según dispongan las normas vigentes.”* Verificar si el texto es idéntico

3. PARTES PROCESALES.

3.1. Parte Convocante.

La parte Convocante en este trámite es la sociedad **Alianza Cellmóvil S.A. en Liquidación**, constituida mediante escritura pública No. 1099 otorgada el 11 de junio de 2002 en la Notaría Quinta del Círculo de Armenia, representada legalmente por su liquidador el señor **Jorge Alberto Torres Polanía**, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Cali².

² Cuaderno Principal No. 1 folios 47 a 64.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **Ramiro Bejarano Guzmán**, abogado inscrito con tarjeta profesional No. 13.006 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme al poder que obra a folio 48 del Cuaderno Principal No. 1.

3.2. Parte Convocada

La parte Convocada en este trámite es la sociedad **Telefónica Móviles Colombia S.A.**, constituida mediante escritura pública No. 3359 otorgada el 23 de octubre de 1997 en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, representada legalmente por el señor **Ariel Ricardo Pontón**, según certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Cali³.

En el presente proceso arbitral está representada judicialmente por el doctor **José Roberto Sáchica**, abogado inscrito con tarjeta profesional No. 55.101 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme al poder que obra a folio 115 del Cuaderno Principal No. 1.

4. DESARROLLO DEL PROCESO.

- 4.1.** Con el cumplimiento de los requisitos legales y mediante apoderado, el seis (6) de abril de dos mil diez (2010), la sociedad **Alianza Cellmóvil S.A. en Liquidación**, presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra la sociedad **Telefónica Móviles Colombia S.A.**⁴, con base en el contrato de agencia comercial y en desarrollo de la cláusula compromisoria.
- 4.2.** El veinte (20) de abril de dos mil diez (2010) tuvo lugar la audiencia de designación de árbitros donde las partes, de común acuerdo, nombraron a los doctores **Saúl Flórez Enciso, Florencia Lozano**

³ Cuaderno Principal No. 1 folios 51 a 56.

⁴ Cuaderno Principal No. 1 folios 1 a 46.

Revéiz, y **Jorge Pinzón Sánchez** quienes, una vez notificados, aceptaron oportunamente el nombramiento.

- 4.3.** En audiencia de once (11) de mayo de dos mil diez (2010), mediante Auto No. 1, con la presencia de todos los árbitros y los apoderados de las partes, se declaró legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento, se admitió la demanda y se ordenó correr traslado de la misma a la parte convocada, por el término legal de diez (10) días, quien para el efecto fue notificada personalmente de ese auto ese mismo día⁵.
- 4.4.** Dentro del término de traslado de la demanda, la parte convocada, por intermedio de su apoderado judicial, se opuso a las pretensiones y formuló excepciones⁶.
- 4.5.** Del escrito de contestación a la demanda se corrió traslado a la convocante quien, dentro del término legal, adicionó su solicitud de pruebas⁷.
- 4.6.** El 29 de junio de dos mil diez (2010) se celebró la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida. A continuación, mediante auto No. 4, se fijaron las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal⁸.
- 4.7.** Previa consignación de las sumas respectivas por ambas partes, el veintiocho (28) de julio de dos mil diez (2010), se inició la primera audiencia de trámite la cual culminó el veintisiete (27) de septiembre del mismo año⁹.

⁵ Cuaderno Principal No. 1 folios 110 a 114.

⁶ Cuaderno Principal No. 1 folios 122 a 179.

⁷ Cuaderno Principal No. 1 folios 183 a 188.

⁸ Cuaderno Principal No. 1 folios 189 a 193.

⁹ Cuaderno Principal No. 1 folios 205 a 224.

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la convocante, bien pueden compendiarse del siguiente modo, de acuerdo al tenor de lo expresado en el escrito de demanda:

1. **Cellmóvil** se vinculó como agente comercial del operador celular **Compañía Celular de Colombia – Cotelco S.A.** (hoy **Telefónica**), mediante la cesión del contrato que este último había suscrito con FIANZA S.A.
2. El 7 de noviembre de 2000, las partes suscribieron el documento que denominaron Contrato 1299, que posteriormente modificaron a través de otrosí de fecha 18 de octubre de 2001; y de documento denominado “Políticas de Fraude” de fecha 27 de noviembre de 2002.
3. Por exigencia de la agenciada, las partes suscribieron una liquidación del contrato con corte al 27 de noviembre de 2002, pero, al decir de la convocante, tal documento no le puso término a la relación comercial, la cual continuó ejecutándose sin interrupción. En efecto, ese mismo día **Cellmóvil** suscribió con la misma **Bellsouth** (hoy **Telefónica**) un documento que modificó algunos aspectos cruciales de la relación contractual, al cual se le asignó el número C-0380-02.
4. Nuevamente y por exigencia de la agenciada, las partes suscribieron una nueva liquidación del contrato, esta vez con corte al 31 de mayo de 2006. Sin embargo, al decir del demandante, siguieron ejecutando el contrato sin solución de continuidad.

5. Estas modificaciones quedaron incorporadas en un nuevo documento al que se le asignó el número C-0815-06, y que fue firmado y fechado por **Telefónica** el 11 de diciembre de 2006, aunque por parte del representante legal de **Cellmóvil** fue suscrito y autenticado el 17 de agosto de ese año. Según la convocatoria, los términos de este documento son los que regulan la relación contractual al momento de presentarse.
6. Según el demandante, la relación contractual a la que hacen referencia los hechos anteriores no había sido terminada formalmente, a pesar de lo cual sí se suspendió la ejecución del contrato de agencia comercial.
7. Desde su vinculación a **Cocelco**, **Cellmóvil** fue un importante agente comercial del operador hasta el punto de que durante varios años se destacó como el principal agente comercial con altos volúmenes de ventas tanto a nivel regional como a nivel nacional todo gracias a la penetración que logró en el mercado debido a la masificación de las colocaciones de nuevas líneas a través del sistema "MULTINIVEL" que se explican en el hecho siguiente.
8. **Cellmóvil** adoptó, para efectos de lograr el mejor resultado posible en su gestión comercial, el sistema "MULTINIVEL" con procesos estandarizados que le permitieron penetrar el mercado de manera más efectiva, el cual durante el año subsiguiente a 2005 no fue objeto de reparo por parte del operador.
9. El sistema "MULTINIVEL", se basaba en que **Cellmóvil** contrataba a varios subdistribuidores, tanto personas naturales como jurídicas, quienes a su vez contaban con grupos de personas que en su calidad de vendedores enfrentaban el mercado ofreciendo la colocación de nuevas líneas prepago, líneas pospagos, venta de

equipos, y venta de tarjetas sim. Los subdistribuidores y vendedores eran codificados por el agenciado.

10. Este sistema multiplicaba los resultados de la gestión comercial, pues no solamente era CELLMÓVIL a través de su personal y establecimientos de comercio quien hacía negocios a favor de la agenciada, sino que también lograba un mayor número de abonados a través de los subdistribuidores y vendedores.
11. Debido a la anterior gestión **Cellmóvil**, recibió además de varios reconocimientos obtuvo importantes resultados económicos, hasta el punto de que en el año 2006 la compañía se ubicó entre las 500 empresas del Valle del Cauca que más vendieron en el año 2006, con ingresos por la suma de \$13.113.029.306.
12. Debido a los resultados obtenidos por **CELLMÓVIL**, la agenciada la autorizó para que gradualmente atendiera las otras cuatro zonas del país.
13. Para enfrentar este nuevo mercado, **Cellmóvil** nombró en cada zona un representante denominado "empresario asociado" el cual tenía a su cargo la coordinación de los sub-distribuidores de la misma.
14. Ese modelo llevó a que en el año 2006 **Cellmóvil** tuviera un total de cinco empresarios asociados, 600 sub-distribuidores y 4.000 vendedores debidamente codificados ante el operador.
15. La labor de **Cellmóvil** contribuyó de manera significativa al posicionamiento de las marcas Cocelco, Bellsouth y Movistar. Igualmente los resultados económicos de la convocante guardan estrecha relación con el incremento en ventas de **Telefónica** entre los años 2003 y 2008.

16. Posteriormente y con el fin de aumentar más sus ingresos, **Cellmóvil**, instaló puntos propios que fueron codificados por **Telefónica**, en las ciudades de Cali, Medellín y Palmira.
17. Durante toda la relación contractual, **Cellmóvil** cumplió con todas y cada una de las obligaciones que el contrato de agencia comercial le impuso.
18. En el mes de abril del año 2005 la agenciada realizó en Colombia, y simultáneamente en otros países, el lanzamiento de la marca MOVISTAR.
19. En abril de 2006 asistieron los agentes comerciales del país a la ciudad de Santa Marta, donde se hizo la presentación oficial del nuevo Vicepresidente de Ventas y Mercadeo de **Telefónica**, quien presentó las nuevas proyecciones comerciales del operador agenciado.
20. Conforme a esta presentación, la conclusión de **Telefónica** fue que se imponía la necesidad de adoptar una estrategia comercial diferente a la que se venía aplicando pues el objetivo principal ya no sería la masificación, sino la “fidelización”, entendida ésta como la conservación o retención de los usuarios existentes, lo cual se lograría, mediante la realización de las denominadas “operaciones comerciales” en la red de establecimientos de propiedad del agente comercial. Adicionalmente manifestaron los representantes de **Telefónica** cómo la permanencia del sistema “MULTINIVEL”, en medio de la nueva realidad del mercado, podía generar un alto incremento en el nivel de fraudes.
21. Mediante el nuevo esquema comercial denominado “modelo de gestión y atención a clientes”, se entregaría a los agentes comerciales la realización de “operaciones comerciales” que antes eran sólo realizadas directamente por **Telefónica** de esta manera el

agente comercial ya no sólo devengaría ingresos por concepto de ventas de nuevas activaciones sino que se vería también beneficiado con el posicionamiento de puntos de venta de tráfico recurrente. En los puntos de venta de propiedad de los agentes, además de las “operaciones comerciales” que estos podrían realizar, **Telefónica** ubicaría a su costo asesores de servicio que contribuirían a la realización de transacciones comerciales, por las que de todas maneras también recibirían comisiones los agentes comerciales.

22. Los puntos para el desarrollo del nuevo modelo de gestión, serían los establecimientos de comercio de propiedad de los agentes, los cuales deberían contar con características físicas y de adecuación técnica y visual fijadas por **Telefónica**, quien también fijaría las políticas para manejo de personal, los procedimientos internos de operación y los horarios.
23. Para la implementación del modelo antes descrito, **Telefónica** acordó con **Cellmóvil**, un compromiso conforme al cual el agente comercial asumía la responsabilidad de la obra gris y obra blanca de los locales comerciales, así como la instalación de equipos de cómputo y demás elementos de tecnología; por su parte **Telefónica** se encargaría de la implementación de la marca e imagen corporativa.
24. En diciembre de 2006, se suscribió entre las partes el “Anexo No. 6” del contrato de agencia comercial, el cual, según la actora, implicó para el agente la aceptación de un mayor nivel de responsabilidades por fraudes que el que tenía inicialmente.
25. Principalmente ante la notoria presión y exigencia de **Telefónica**, los representantes de **Cellmóvil** se comprometieron a migrar de un esquema operacional a otro, efecto para el cual suscribieron un acuerdo modificadorio al Contrato C-0815/06 que denominaron

“ANEXO 1 - CONDICIONES DE OPERACIÓN DEL PROGRAMA “OPERACIONES COMERCIALES EN AGENTES”” y que incluye el documento denominado “Anexo 9 - Condiciones de operación del programa “Gestión y Atención a Clientes Canal Presencial”.

26. Esta migración de modelo implicó para **Cellmóvil** (i) la contratación de más empleados y la capacitación de todo el personal nuevo y antiguo con un costo total de \$70.833.560. (ii) la desvinculación gradual de todos los subdistribuidores y (ii) la cesión a **Telefónica** de los subdistribuidores a través de los cuales **Cellmóvil** realizaba su gestión de venta masiva por medio del esquema “MULTINIVEL”.
27. Con la autorización de **Telefónica**, **Cellmóvil** montó 62 tiendas propias, para lo cual debió pagar primas comerciales por valor de \$11.000.000, invertir en cánones de arrendamiento la suma de \$4.300.151.680, pagar por la adecuación de las tiendas la suma de \$657.592.476, en adecuación.
28. Adicionalmente en la adecuación tecnológica que el nuevo esquema comercial exigía, **Cellmóvil** invirtió las sumas de \$34.650.750 en implementación del nuevo software, (\$88.648.805) en compra de equipos y \$76.765.829 en la compra de muebles necesarios para la operación de éstos últimos.
29. Finalmente para la implementación del canal Pymes, **Cellmóvil** invirtió la suma \$227.125.545.
30. Para **Cellmóvil** el nuevo esquema de gestión implicó la transformación de la estructura comercial, administrativa y operativa de la compañía para adecuarse a un sistema de comercialización distinto.
31. **Telefónica** modificó el mecanismo de suministro de equipos al agente comercial, abandonando el esquema preexistente. Bajo

este nuevo esquema de suministro de equipos, **Telefónica** modificó de manera unilateral los términos de ejecución del contrato afectando los intereses de **Cellmóvil**.

32. Según la convocante, **Telefónica** incumplió sus obligaciones contractuales pues (i) no suministró los recursos necesarios para atender la adecuación de la totalidad de los establecimientos de comercio que había autorizado y (ii) no suministró el número necesario de equipos para atender la alta demanda que se abrió a través de la implementación de los nuevos puntos de venta propios del agente **Cellmóvil**.
33. El convocante declara que el perjuicio en este punto no sólo se derivó del incumplimiento contractual sino el abuso de **Telefónica** de su posición de preeminencia en la ejecución del contrato, en la medida en que sabía que el agente requería mayor número de equipos y, conscientemente, le remitió uno significativamente menor.
34. Adicionalmente **Telefónica** reservó los equipos de gama alta para ser distribuidos exclusivamente a través de sus Centros de Ventas y Servicios, generando así competencia desleal hacia su agente, quien después de haber realizado grandes inversiones para adecuarse al nuevo esquema comercial, veía restringida la posibilidad de materializar los ingresos esperados, por la restricción abusiva que el operador hacía de los equipos más atractivos para el mercado.
35. En un estudio contratado por **Telefónica** a la firma internacional Oliver Wyman, se determinó que **Cellmóvil** era una empresa viable, y que para lograr el nivel de ingresos que estaba en condiciones de canalizar requería el suministro de 45.715 equipos en el periodo comprendido entre mayo y diciembre de 2008, sin embargo **Telefónica** sólo suministró 10.194 equipos, que por otra parte

correspondían a referencias diferentes de las que el mercado estaba requiriendo para el momento.

36. Bajo la clara convicción de que **Cellmóvil** era una empresa viable, **Telefónica** aprobó, a favor del agente, un apoyo económico que debía ser entregado así: (a) trescientos millones de pesos (\$300.000.000) el día 14 de abril de 2008 por concepto de apoyo comercial; (b) trescientos millones de pesos (\$300.000.000) el día 15 de mayo de 2008 por concepto igual al anterior; y (c) novecientos sesenta millones de pesos (\$960.000.000) como premio por el cumplimiento de metas presupuestales. Sin embargo, **Telefónica** sólo entregó la suma de ochocientos ochenta millones de pesos (\$880.000.000); el saldo le fue negado a **Cellmóvil**.
37. Implementadas las recomendaciones del estudio de Oliver Wyman, se experimentaron resultados positivos con lo que se esperaba por parte de **Cellmóvil** una franca recuperación en especial a finales de 2008.
38. Sin embargo, la primera semana de octubre de 2008, **Telefónica** ordenó la devolución de todo el inventario en poder de **Cellmóvil**, con la expresa motivación de renovarlo para atender la temporada de diciembre.
39. Cumpliendo con la orden de la agenciada, a mediados de octubre de 2008, **Cellmóvil** entregó a **Telefónica** todos los equipos que permanecían en sus tiendas, quedando sin la posibilidad de vender líneas, aparatos telefónicos o tarjetas entre ese momento y el día 30 de noviembre de 2008. Como condición para hacer nueva entrega de equipos, **Telefónica** impuso a **Cellmóvil** un arduo proceso de conciliación de cuentas con los distribuidores mayoristas.
40. A pesar de los expresos compromisos de **Telefónica** para suministrar equipos y de la llegada de la temporada de diciembre de 2008,

Cellmóvil se encontró con un nuevo incumplimiento de su agenciada, pues aunque se le garantizó la entrega de 15.000 equipos para dicho período, tan sólo recibió un poco más de 500.

41. A juicio del convocante, desde el momento en el que **Cellmóvil** se acogió al nuevo esquema comercial, y aún durante el tiempo en que no contó con inventarios en sus tiendas, el agente, en desarrollo de los acuerdos celebrados con **Telefónica** tuvo que atender, sin ingresos para sí, todos los clientes que requerían servicios que no le generaban comisión alguna tales como reclamos por daños en equipos, reposición de simcards, garantías y en general servicios de posventa.
42. Lo anterior, colapsó la operación comercial de **Cellmóvil**, quien no obstante haber mostrado sus tiendas abarrotadas de usuarios por la temporada decembrina de 2008, no pudo atender sus necesidades por carencia de inventario suficiente.
43. Esa situación se puso en conocimiento de la convocada a quien en varias ocasiones se le requirió para que suministrara los equipos necesarios para la operación.
44. Entre los meses de enero a marzo de 2009 **Telefónica** introdujo importantes cambios en el esquema comercial y de distribución de equipos consistentes en la modificación del sistema de remuneración a los agentes, en que **Telefónica** retomó la responsabilidad de la venta directa dejando en los mayoristas únicamente el manejo de la logística de entrega y en el desmonte del canal Pymes.
45. En el mes de mayo de 2009, en medio de una crisis económica que había obligado la cesación de las actividades comerciales de **Cellmóvil**, los directivos de la Compañía se enteraron de que **Telefónica** se había apropiado del mercado que tanto **Cellmóvil**

como otros agentes comerciales del país habían perdido como consecuencia de sus abusos e incumplimientos.

46. Como consecuencia de la situación económica en la quedó postrada **Cellmóvil** la compañía experimentó un alto nivel de pérdidas que la colocó en causal de disolución la cual fue declarada por su Asamblea de Accionistas.

2. LAS PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE

Las pretensiones contenidas en la solicitud de convocatoria son las siguientes:

*"1. Declarar que entre **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A** y **ALIANZA CELLMÓVIL S.A. EN LIQUIDACIÓN** ha existido una sola y única relación contractual de agencia comercial, la cual quedó consignada en varios y sucesivos documentos, así: **a)** Contrato de agencia comercial inicialmente suscrito entre COCELCO S.A. (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.) y FIANZA S.A., cedido por la última a ALIANZA CELLMÓVIL S.A.; **b)** Contrato No. 1299 del 7 de noviembre de 2000, modificado por otrosí del 18 de octubre de 2001 y documento "Políticas de fraude" del 27 de noviembre de 2002; **c)** Contrato No. C – 0380 – 02 del 28 de noviembre de 2002; y **d)** Contrato No. C 0815 – 06 del 17 de agosto de 2006.*

*"2. Declarar que **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A** en virtud del documento suscrito por las partes denominado C 0815 – 06 del 17 de agosto de 2006, modificado por el documento denominado "ANEXO 1 - CONDICIONES DE OPERACIÓN DEL PROGRAMA "OPERACIONES COMERCIALES EN AGENTES"" y que incluye el documento denominado "Anexo 9 - Condiciones de operación del programa "Gestión y Atención a Clientes Canal Presencial" se obligó para con **ALIANZA CELLMÓVIL S.A.**, entre otras prestaciones, a las siguientes:*

"2.1 Mantener dotadas las tiendas de **CELLMÓVIL** con el suficiente número de equipos que le permitiera atender el nivel de demanda que canalizaría a través del esquema comercial denominado "operaciones comerciales en agentes" y para lograr el equilibrio económico que la misma requería.

"2.2 Adecuar las tiendas o establecimientos de comercio que dispuso **CELLMÓVIL** para acogerse al nuevo esquema comercial denominado "operaciones comerciales en agentes".

"2.3 Todas las obligaciones que se derivaron de la naturaleza del contrato celebrado, en especial la de ejecutarlo de buena fe, según lo previsto en el Art. 1603 del C.C.

"3. Declarar que **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** abusó de sus derechos, en particular de su posición de preeminencia en la relación contractual sostenida con **ALIANZA CELLMÓVIL S.A.**, modificando de manera permanente y sistemática las condiciones de su ejecución, en detrimento de los intereses del agente comercial **ALIANZA CELLMÓVIL S.A.**

"4. Declarar que **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** además de haber abusado de su posición contractual dominante, incumplió las obligaciones a su cargo derivadas de la relación negocial sostenida con **ALIANZA CELLMÓVIL S.A.**, en particular las siguientes:

"4.1. Mantener dotadas las tiendas de **CELLMÓVIL** con el suficiente número de equipos que le permitiera atender el nivel de demanda que canalizaría a través del esquema comercial denominado "operaciones comerciales en agentes" y para lograr el equilibrio económico que la misma requería.

"4.2. Adecuar las tiendas o establecimientos de comercio que dispuso **CELLMÓVIL** para acogerse al nuevo esquema comercial denominado "operaciones comerciales en agentes".

"4.3. A todas las obligaciones que se derivaron de la naturaleza del contrato celebrado, en especial la de ejecutarlo de buena fe, según lo previsto en el Art. 1603 del C.C.

"5. Declarar, como consecuencia de las precedentes declaraciones, que las prestaciones económicas vigentes y a cargo de **ALIANZA CELLMÓVIL S.A.** en favor de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** carecen de causa legal y contractual.

"6. Declarar, que **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** es responsable de falta de previsión en la estructuración del esquema comercial que denominó "operaciones comerciales en agentes", comportamiento del cual se derivó la afectación financiera del agente **ALIANZA CELLMÓVIL** hasta el punto de llevarla al colapso económico.

"7. Declarar, como consecuencia de las precedentes resoluciones, terminada la relación comercial de agencia comercial, por incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**

"8. Condenar, como consecuencia de las precedentes resoluciones, a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** a pagar a **ALIANZA CELLMÓVIL S.A.** dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo que le ponga fin al proceso arbitral, las siguientes cantidades de dinero o las mayores que se prueben en el proceso:

"DAÑO EMERGENTE:

"A. Perdidas Efectiva del Ejercicio Contable del Año Gravable de 2008:	\$1.116.499.840
"B. Pérdidas del Ejercicio 2009 a 31 de Agosto:	\$4.951.548.646
"C. Inversiones:	\$3.615.695.778
"D. Inventario en Sub-distribución	<u>\$ 853.327.438</u>
"TOTAL DAÑO EMERGENTE:	10.537.071.702

"LUCRO CESANTE

"A. Beneficio y/o Utilidades Dejadas de
percibir por Alianza Cellmóvil S.A. para
año Gravable de 2009: \$ 2.862.569.402

"B. Beneficio y/o Utilidades Dejadas de
percibir por Alianza Cellmóvil S.A. para
año Gravable de 2010: \$ 3.082.128.475

"TOTAL LUCRO CESANTE: \$ 5.944.697.877

**"TOTAL PRETENSIONES ECONOMICAS
CUANTIFICADAS: \$16.481.769.579**

"9. Por concepto de cesantía comercial e indemnización por posicionamiento de las marcas agenciadas previstas en el art. 1.324 del C. Cio., la suma que a través de dictamen pericial se establezca en el proceso.

"10. Condenar a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** al pago de todas las costas procesales y gastos del Tribunal.

3. LA OPOSICIÓN DE LA CONVOCADA FRENTE A LA DEMANDA.

En escrito presentado el veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010), la parte convocada contestó la demanda negando unos hechos, aceptando como cierto otros y manifestando que algunos no le constaban.

Igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones de (i) "inexistencia de los incumplimientos alegados", (ii) "inexistencia de las obligaciones que se presentan como incumplidas", (iii) "Suspensión injustificada del contrato por parte de Alianza Cellmóvil" (iv) "Comportamiento contrario a sus propios actos. Mala fe de la

convocante" (v) *"Inexistencia de abuso de posición dominante o de abuso contractual por parte de Telefónica"* (vi) *"Compensación"* (vii) *"Pago"*, (viii) *Transacción"*, (ix) *"Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas. Inexistencia de derecho para reclamar. Unilateralismo lícito"* (x) *"Inexistencia de abuso contractual por parte de Telefónica"*, (xi) *"Desconocimiento de actos propios"* (xii) *"Terminación de los contratos No. C-380-05 y 1299 de 7 de noviembre de 2000"*, (xiii) *"Caducidad de la posibilidad de objetar los descuentos. Renuncia válida a presentar reclamaciones sobre pagos de comisiones"*, (xiv) *"Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas"*, (xv) *"Incumplimiento del deber de mitigar el daño o impedir la propagación de sus efectos"*, (xvi) *"Asunción de riesgos"*, (xvii) *"Prescripción de las acciones y reclamaciones derivadas de eventuales incumplimiento anteriores al año 2005, y (xviii) "Suficiente diligencia de Telefónica Móviles"*.

III. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

1. El veintisiete (27) de septiembre de dos mil diez (2010) culminó la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer del litigio puesto a su conocimiento y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.
2. El veintiocho (28) de septiembre de dos mil diez (2010) rindieron declaración los señores Fredy José Orlando Márquez y Sandra Marcela Molano Beltrán.
3. El veintinueve (29) de septiembre de dos mil diez (2010) comparecieron a declarar los señores Julián Alfonso Sinisterra Reyes, Martín Emilio Cardona Ceballos, Beatriz Cecilia Aristizábal Gómez, y Jhon Elver Cabra Suárez.
4. Al día siguiente se recibió el testimonio del señor Jan Willem Karl Abraham Lelie.

5. El trece (13) de octubre de dos mil diez (2010) se recibió la declaración del señor Luis Carlos Díaz Osorio.
6. El catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010) rindió declaración el señor Camilo Alberto Gutiérrez Toro.
7. El veinticinco (25) de octubre de dos mil diez (2010) se practicaron los interrogatorios de ambas partes y se dio inicio a la Inspección judicial con exhibición de documentos a las oficinas de Telefónica Móviles de Colombia, la cual culminó el nueve (9) de noviembre de dos mil diez (2010).
8. El primero (1) de diciembre de dos mil diez (2010) comparecieron a declarar los señores Iván Mauricio Vélez Arboleda y Pablo Andrés Lozano Villegas.
9. En audiencia de dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010), el apoderado de la convocada desistió de los testimonios de los señores Jesús Antonio Daza Giraldo, Gloria Amanda Rodríguez Rubio, Jenny Torres, María del Rosario Vargas y Jenny Ardila, solicitud que fue aceptada por el Tribunal mediante auto No.15 de la misma fecha.
10. Ese mismo día se recibió el testimonio de la señora Diana Rivera Campo.
11. El treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2011) compareció a declarar el señor Juan Pedro Araujo Montes.
12. El testimonio del señor Arturo Bernal Jiménez se recibió el tres (3) de febrero de dos mil once (2011).
13. Mediante memorial radicado el cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011) el apoderado de la convocada desistió de los testimonios de los señores Nuno Gómez y Ariel Cabral, desistimiento que fue aceptado mediante auto número 18 de 15 de febrero de ese año.

14. Por medio de memorial radicado el dieciséis (16) de mayo del presente año (2011), el apoderado de la convocante desistió de la prueba de inspección judicial con exhibición de documentos en las sociedades Startech de Colombia y Fastel de Colombia, solicitud que fue aceptada por el Tribunal mediante auto No. 21 de 19 de mayo de dos mil once (2011).
15. Mediante auto No. 21 de dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011), se declaró concluido el periodo probatorio.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en veintidós (22) sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron todas las pruebas solicitadas.

IV. TÉRMINO PARA FALLAR.

De conformidad con la cláusula compromisoria, el término para fallar es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de la primera audiencia de trámite.

Esa primera audiencia concluyó el día veintisiete (27) de septiembre de dos mil diez (2010).

El trámite se suspendió, a solicitud conjunta de las partes, durante doscientos nueve días (209) días así: mediante auto No. 8, entre el 1 y el 11 de octubre de 2010, mediante auto No. 9, entre el 15 y el 24 de octubre de 2011; en auto No. 17, entre el 11 de diciembre de 2010 y el 30 de enero de 2011; mediante auto No. 19, entre el 17 de marzo y el 25 de abril de 2011; entre el 19 de mayo y el 20 de junio de este año, mediante auto No. 21; y finalmente, por medio de auto No. 23, entre el 22 de junio y el 24 de agosto de 2011.

Corolario de lo antes expuesto es que el término legal para proferir sentencia vence el día veintiuno de octubre de dos mil once (2011) por

lo cual el Tribunal se encuentra en término para fallar.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Sea lo primero señalar que no se advierte la configuración de causal alguna de anulación de la actuación procesal. El presente asunto se ha rituado por los trámites del proceso arbitral, de conformidad con la voluntad de las partes recogida en la cláusula décima tercera del contrato que corresponde a la compromisoria, por lo cual el Tribunal encuentra procedente entrar a resolver de fondo la controversia sometida a su consideración.

1. DE LA PETICIÓN RELATIVA A LA DECLARATORIA DE CONTINUIDAD DE LOS CONTRATOS

La parte convocante en su primera pretensión solicita al Tribunal que se declare que entre ella y la convocada "*...ha existido una sola y única relación contractual de agencia comercial, la cual quedó consignada en varios documentos así: a) Contrato de agencia comercial inicialmente suscrito entre COCELCO S.A. (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.) y FIANZA S.A., cedido por la última a ALIANZA CELLMÓVIL S.A.; b) Contrato No. 1299 del 7 de noviembre de 2000, modificado por otrosí del 18 de octubre de 2001 y documento "Políticas de fraude" del 27 de noviembre de 2002; c) Contrato No. C – 0380 – 02 del 28 de noviembre de 2002; y d) Contrato No. C 0815 – 06 del 17 de agosto de 2006*".

Respecto de esa pretensión, la convocada manifestó su oposición la cual sustenta, en primer lugar, en que en los contratos mencionados no hay identidad de personas jurídicas; en segundo lugar, en que los contratos anteriores al 2006 fueron terminados a través de la figura de la transacción, la cual se presenta como excepción junto con la

denominada "*terminación de los contratos numero C-0380-05 y 1299 de 7 de noviembre de 2.000*" y la cual hace igualmente referencia a la terminación de esos contratos, a su liquidación y a la aceptación de las cláusulas allí consignadas.

Adicionalmente la convocada presenta también la excepción de prescripción de las acciones y reclamaciones anteriores al año 2005, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1329 del Código del Comercio, según el cual las acciones derivadas del contrato de agencia comercial prescriben en 5 años.

En cuanto al primero de los argumentos expuestos por la convocada, esto es, que en los contratos cuya unidad solicita la demandante no hay identidad de personas, debe concluirse que no es procedente, puesto que los contratos se suscribieron con la misma persona bajo denominaciones diferentes, o sus derechos y obligaciones fueron transferidos mediante cesión del contrato o como resultado de una fusión.

En efecto, revisados los certificados de existencia y representación legal allegados como prueba, el Tribunal observa lo siguiente:

En relación con la convocante **Alianza Cellmóvil S.A. En Liquidación**, la misma fue constituida el 11 de junio de 2002 bajo el nombre de **Alianza Celplus Ltda.** Posteriormente, el 7 de junio de 2006, dicha sociedad cambió su denominación a **Alianza Cellmóvil S.A.** sociedad que en diciembre 29 de 2006 se fusionó con **Comunicaciones Móviles Cellmóvil** que fue absorbida por la primera.

En cuanto a la convocada **Telefónica Móviles Colombia S.A.**, se constituyó el 23 de octubre de 1997 bajo el nombre **Celumovil S.A.** como consecuencia de la fusión de las sociedades **Celular Móvil de Colombia S.A.** y **Celumóvil de la Costa S.A.** El 2 de enero de 2001 la sociedad absorbió, mediante fusión, a la **Compañía Celular de Colombia Cocolco**

S.A. Posteriormente, el 3 de abril de 2001, la demandada cambió su nombre a **Bellsouth Colombia S.A.** y el 21 de enero nuevamente por el de **Telefónica Móviles Colombia S.A.**

Conforme a lo anterior y revisados los contratos tenemos que el numerado 1301, fue suscrito por **Fianza S.A.** y cedido a **Comunicaciones Móviles Cellmóvil S.A.** Bajo esta denominación, la sociedad suscribió los contratos números 1299 y C-380 – 02, y una vez absorbida por **Alianza Cellmóvil S.A.**, suscribió el contrato C-0815 – 06.

Por todo lo anterior, se trata de una misma sociedad y en consecuencia el argumento no está llamado a prosperar.

En lo que respecta a la otra parte de las relaciones negociales, sucede algo similar; los dos primeros contratos, estos son los números 1301 y el 1299, fueron suscritos por **Compañía Celular de Colombia Cotelco S.A.**, quien en enero de 2001 fue absorbida por **Celumovil S.A.**, posteriormente denominada **Bellsouth Colombia S.A.** Bajo esa denominación esa sociedad suscribió el contrato C-380-02. Finalmente **Bellsouth Colombia S.A.** cambió su nombre por **Telefónica Móviles de Colombia S.A.** quien es parte del contrato C-815-06.

En esos términos, no cabe duda que, contrario a lo manifestado por la convocada, sí hay identidad de las partes que suscribieron los contratos por lo cual el argumento carece de validez.

En cuanto a la excepción denominada “TRANSACCIÓN” el Tribunal, inicialmente encuentra que en la demanda presentada por la convocante no se impetra ninguna pretensión que afecte las transacciones a que se hará referencia más adelante y por lo tanto no existiendo ningún reparo sobre las mismas, se analizarán en su contenido y extensión así:

Obra a folios 6 y 7 del cuaderno de pruebas No. 12, “ACTA DE TERMINACIÓN

POR MUTUO ACUERDO" de 27 de noviembre de 2002 mediante la cual las partes, **Bellsouth Colombia S.A.** y **Comunicaciones Móviles Cellmóvil S.A.** (i) acordaron dar por terminado, a partir del 31 de octubre de 2002, el contrato de agencia mercantil No. 1299 suscrito el 7 de noviembre de 2000, (ii) manifestaron que a esa fecha existía a cargo de **Bellsouth Colombia S.A.** y a favor de **Cellmóvil** una obligación dineraria por la suma de \$499.408.495, más aquellas sumas que se causaran desde la fecha de suscripción de ese documento hasta la terminación del contrato, (iii) convinieron que renunciaban mutuamente a reclamar de la otra parte cualquier suma de dinero derivada del contrato de agencia diferente a la señalada anteriormente y (iv) manifestaron finalmente que "*(transigían), con los efectos propios de la cosa juzgada, cualquier diferencia que pudiere existir respecto del contrato de Agencia Comercial (...) renunciando recíprocamente a cualquier pretensión, reclamación o acción judicial que de éste o del contrato de Agencia Comercial se pueda derivar, con excepción de las derivadas del cobro de las sumas de dinero a que se refieren los ordinales tercero y cuarto anteriores*".

Dicha acta de terminación fue adicionada mediante otrosíes de 13 de marzo de 2003 (ver folios 10 y 11 del cuaderno de pruebas No. 12) y No. 2 de 3 de julio de 2003 (ver folios 30 a 32 de ese mismo cuaderno). Mediante el primero de ellos se adicionó la suma a cargo de **Bellsouth Colombia S.A.** y a favor de **Cellmóvil** en \$55.806.383, la cual fue nuevamente incrementada mediante el otrosí No. 2 en \$3'511.912,50 y las cuales incluían "*la liquidación de la Cesantía Mercantil derivada del contrato de Agencia Comercial No. 1301, celebrado con Cely Com (Celulares y Comunicaciones) y Cía . Ltda. y cedido por ésta a Comunicaciones Móviles Cellmóvil Ltda., sobre los valores facturados desde diciembre de 2000 al 27 de diciembre de 2001 por conceptos de comisiones y bonos de ventas en la vigencia de noviembre de 2000 a junio de 2001, según estado de cuenta de corte trece (13) de marzo de 2.003 (...)*". Igualmente en el referido otro sí de marzo de 2003, las partes decidieron dar también por terminado, a partir del 31 de octubre de

2002, el contrato de agencia mercantil No. 1301 y finalmente declararon estar ambas *“a paz y salvo por cualquier concepto derivado de la ejecución liquidación de los referidos contratos de Agencia Comercial”* y renunciaron *“recíprocamente a cualquier reclamación o acción judicial originada en la ejecución y posterior terminación de los mencionados contratos”*.

De otro lado, obra a folios 22 a 26 del cuaderno de pruebas No. 12 *“ACTA DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO”* del contrato de agencia comercial C-0380-02, celebrada el 31 de mayo de 2006 mediante la cual las partes (i) decidieron tener por terminado el citado contrato a partir del 31 de marzo de 2006, (ii) declararon que a la fecha existía a cargo de Telefónica Móviles y a favor de **Cellmóvil** una obligación por la suma de (\$2'309.171.631,58) la cual no comprendía aquellas sumas causadas entre las fechas de la liquidación y la de terminación del contrato, que serían liquidadas con posterioridad (iii) convinieron renunciar *“mutuamente, en forma expresa e irrevocable, a reclamar de la otra parte, el pago de cualquier suma de dinero causada por todo concepto derivado del referido contrato”* diferentes a las antes señaladas; finalmente decidieron (iv) transigir *“con los efectos propios de cosa juzgada, cualquier diferencia que pudiere existir respecto del contrato de Agencia Comercial”*.

Sobre el contrato de transacción, dispone el artículo 2469 del Código Civil *“La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual (...)”*, a su turno el artículo 2470 del mismo ordenamiento señala que *“No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”* y finalmente el artículo 2483 dispone que *“la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia (...)”*

De los documentos y las normas transcritos encuentra el Tribunal que los requisitos que señala nuestro código civil en los artículos 2469 y siguientes

para el contrato de transacción -mediante el cual las partes deciden extrajudicialmente, entre otros eventos, precaver un litigio eventual definiendo una situación presente- se observan cumplidos a cabalidad en las transacciones citadas y, en tal virtud, no existe desconocimiento de la ley que impida darles plenos efectos, máxime cuando, se repite, ninguna petición de la convocante está dirigida a invalidar, a anular o a afectar tales transacciones.

La institución de la transacción tiene plena vigencia y reconocimiento no solo normativo sino doctrinario y jurisprudencial. Así por ejemplo la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“Esta Corporación, de vieja data, ha precisado que “son tres los elementos específicos de la transacción a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté aún en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas” (XLVII, 480), y ha definido tal institución, como una “convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” (CXVI, 97), que produce como principal consecuencia, la extinción de la disputa que enfrenta a los contratantes con la misma fuerza que la ley reconoce a las sentencias judiciales, dado que el art. 2483 ib. establece que tal acuerdo tiene el efecto propio de cosa juzgada¹⁰.

/.../

“Pertinente es señalar, además, que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y, por ende, que sus efectos se irradian también en dos sentidos o direcciones: por

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo, Sentencia de 29 de junio de 2007.

una parte, no hay duda que el referido negocio, recta vía, atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran, pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida, mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra, distinta o diversa, que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, desapareciendo así la controversia que, precisamente, mediante la transacción se deja solucionada¹¹; de otra parte, la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes, sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo. En el primer supuesto, la transacción ocasionará la terminación de la correspondiente desavenencia, en la forma que regula el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo, impedirá a los contratantes, en línea de principio, llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo”.

Igualmente el ilustre Tratadista José Alejandro Bonivento Fernández en su libro “LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES” Tomo 2º Octava Edición, Librería Ediciones del Profesional Limitada, junio 2.009 en su capítulo 5º, presenta claramente un análisis del contrato de transacción, del cual se destaca lo siguiente:

En primer lugar lo define como “*el contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, mediante recíprocas concesiones*” que se caracteriza por ser consensual, conmutativo, oneroso, principal y nominado.

Adicionalmente, señala el autor, que al igual que en los demás

¹¹ Como lo resalta el doctrinante ibérico Antonio Gullón Ballesteros, “...un efecto que es necesario destacar en la transacción es el extintivo, no de la relación jurídica discutida, sino de la controversia. La misma ha muerto como consecuencia del negocio transaccional”. La Transacción, en estudios jurídicos sobre la transacción, Fabreton, Caracas, pag. 95.

contratos para ser válido, las partes deberán ser capaces, existir consentimiento libre de todo vicio, y tener objeto y causa lícitos, resaltando que no es posible transar sobre el estado civil de las personas ni sobre los alimentos futuros.

En cuanto a los efectos producidos por la transacción, el artículo 2483 del Código Civil dispone *“la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”*.

Según la jurisprudencia patria, se entiende por cosa juzgada *“la inmutabilidad del resultado procesal obtenido con una sentencia, el cual, al imponerse como imperativo a los litigantes y al juez, da al litigio entre las partes una terminación mediante una declaración de certeza que impide que nuevamente sea planteado el asunto ya resuelto”*¹²

Conforme a lo anterior, el hecho de que por disposición legal y convenio entre las partes, las transacciones a las que se ha hecho mención produzcan efecto de cosa juzgada, conlleva a que el Tribunal no pueda pronunciarse sobre las obligaciones derivadas de los contratos transados pues las partes, se repite, decidieron poner fin a cualquier controversia derivada de ellos.

No cabe duda entonces para el Tribunal que si bien las relaciones comerciales entre las partes fueron continuas en el tiempo, dicha vinculación negocial estuvo regida por varios contratos, los cuales, a excepción del C-0815-06, fueron terminados y liquidados en su oportunidad, mediante documentos que hacen tránsito a cosa juzgada entre las partes.

Pero adicionalmente debe resaltarse que en los documentos a que se ha hecho mención, estos son, las actas de terminación de 27 de noviembre de 2002 y de 31 de mayo de 2006, establecen sin duda la

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Magistrado Ponente Jorge Santos Ballesteros, Sentencia de 30 de octubre de 2002.

intención de los contratantes de terminar la relación negocial y liquidar las obligaciones contraídas hasta ese momento.

Dada la claridad de la situación que conlleva al reconocimiento de las transacciones de los contratos 1301, 1299 de 7 de noviembre de 2000 y C-380-02 de 27 de noviembre de 2002, el Tribunal encuentra que como efecto de esas transacciones libremente consentidas por las partes y la manifestación expresa de dar por terminados esos contratos, no existe continuidad de la relación negocial de agencia en las fechas pretendidas y por lo tanto acogiendo las excepciones propuestas a ese respecto, rechazará la pretensión analizada, como así se señalará en la parte resolutive.

Adicionalmente el Tribunal considera que las acciones que emanan de los contratos de agencia comercial No. 1301 y 1299, cuya liquidación, terminación y transacción se realizaron antes del 6 de abril de 2005, se encuentran prescritas de conformidad con el artículo 1329 del Código del Comercio antes citado, motivo por el cual dicha excepción también ha de prosperar.

Por las razones expuestas, el Tribunal encuentra probadas las excepciones de transacción, "*terminación de los contratos numero C-0380-05 y 1299 de 7 de noviembre de 2.000*" y prescripción por lo que no prosperará la pretensión primera de la demanda, y así se consignará en la parte resolutive del laudo.

2. DE LAS OBLIGACIONES DE TELEFÓNICA EMANADAS DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL C-0815-06 QUE SE ALEGAN INCUMPLIDAS.

Como consecuencia de la decisión antes adoptada por el Tribunal respecto de la pretensión primera de la demanda de **Alianza Cellmóvil S.A. En Liquidación** (en adelante en este Laudo **Cellmóvil**), la definición de las demás queda circunscrita al marco de referencia constituido tanto por las disposiciones legales de nuestro ordenamiento que regulan

el contrato de agencia comercial, así como por las disposiciones contractuales particulares cuyo alcance fue definido y delimitado por las partes en el texto del denominado Contrato C-0815-06, documento que en copia obra con sus anexos a folios 55 a 96 del Cuaderno de Pruebas N° 1 del expediente, el cual fue suscrito por la convocante el diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006) y por la convocada el once (11) de diciembre siguiente, y que según su cláusula Novena tendría vigencia inicial entre el primero (1º) de octubre de dos mil seis (2006) y el treinta (30) de septiembre de dos mil ocho (2008).

Examinado el clausulado del Contrato C-0815-06 el Tribunal encuentra que su contenido es similar a los contratos de agencia mercantil que anteriormente regularon las relaciones comerciales entre las partes, salvo los aspectos referidos a los servicios adicionales que ahora serían promovidos por el agente y su remuneración.

En lo que se refiere al texto del contrato como tal, el Tribunal considera necesario advertir inicialmente que ninguna de las pretensiones de la demanda de **Cellmóvil** está encaminada a que se declare la ineficacia, nulidad, invalidez, inaplicabilidad o se deje sin efecto alguna disposición en particular del Contrato C-0815-06 por ser contraria a derecho; valga decir, la controversia no gira en torno a la ilegalidad o indebida inclusión de una cláusula específica en el negocio sino a los efectos que su aplicación pudo haber producido en la economía de la convocante durante la ejecución del contrato.

Advierte igualmente el Tribunal que en las pretensiones de la demanda tampoco se eleva petición encaminada a la declaratoria judicial de nulidad absoluta o relativa del contrato que pudiera estar fundada en la existencia en su formación de cualquiera de los vicios del consentimiento de que trata el artículo 1508 del Código Civil¹³.

Por lo expuesto, el Tribunal deberá atenerse al clausulado del Contrato

¹³ "Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo".

C-0815-06, en observancia del principio *pacta sunt servanda*, recogido por el artículo 1602 del C.C.¹⁴ según el cual los negocios válidamente celebrados constituyen ley para las partes, y además de celebrarse para ser cumplidos deben ejecutarse de buena fe, conforme lo dispone el artículo 1603 del C.C.¹⁵ y en similares términos el artículo 871 del C. de Co¹⁶. Este aspecto constituye el punto de partida para el juzgamiento de las cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal.

Ahora bien, en la pretensión segunda de la demanda se hace referencia a tres obligaciones específicas que supuestamente contrajo **Telefónica Móviles Colombia S.A.** (en adelante **Telefónica**) con su agente **Cellmóvil** en virtud del último contrato que rigió las relaciones comerciales entre las partes, y en la pretensión cuarta se pide declarar que tales obligaciones fueron incumplidas por ésta. El Tribunal procede enseguida a examinar si efectivamente Telefónica adquirió e incumplió las obligaciones que describe la parte convocante en su demanda.

2.1. Las obligaciones que se alegan incumplidas.

El apoderado de **Cellmóvil** solicita en la demanda que se declare que por virtud del “documento denominado C 0815 – 06 del 17 de agosto de 2006” modificado por el “ANEXO 1 – CONDICIONES DE OPERACIÓN DEL PROGRAMA ‘OPERACIONES COMERCIALES EN AGENTES’ y que incluye el documento denominado ‘Anexo 9 – Condiciones de operación programa ‘Gestión y Atención a clientes Canal Presencial’”, **Telefónica** contrajo, entre otras, las siguientes obligaciones:

“2.1. Mantener dotadas las tiendas de CELLMÓVIL con el suficiente número de equipos que le permitiera atender el nivel de demanda que canalizaría a través del esquema comercial denominado

¹⁴ “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

¹⁵ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

¹⁶ “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”.

'operaciones comerciales en agentes' y para lograr el equilibrio económico que la misma requería".

2.2. Adecuar las tiendas o establecimientos de comercio que dispuso CELLMÓVIL para acogerse al nuevo esquema comercial denominado 'operaciones comerciales en agentes'.

2.3. Todas las obligaciones que se derivaron de la naturaleza del contrato celebrado, en especial la de ejecutarlo de buena fe, según lo previsto en el Art. 1603 del C.C."

Sea lo primero reiterar en este punto que el documento denominado "Contrato C-0815-06" es precisamente eso, un contrato, el último que particularmente rigió las relaciones entre las partes a partir del primero (1º) de octubre de dos mil seis (2006), tal y como lo precisó el Tribunal en el capítulo anterior, y no puede alegarse o considerarse que tal documento sea una modificación de algún otro negocio; lo anterior se deduce de la voluntad de las partes recogida en la Cláusula 13.11. del contrato C-0815-06 que establece:

*"Alcance del Contrato.- El presente contrato constituye el acuerdo único y total entre las partes en relación con el objeto contratado y prevalece sobre cualquier propuesta verbal o escrita, sobre toda negociación previa y sobre todas las demás comunicaciones entre las partes con respecto al objeto del contrato. Asimismo, sustituye y deja sin efecto cualquier otro contrato con el mismo objeto celebrado verbalmente o por escrito por **Telefónica Móviles** con el **Agente**"*

También debe precisarse que no obstante que el Contrato C-0815-06, como se dijo atrás, fue firmado por el representante de **Cellmóvil** el 17 de agosto de 2006 y por el representante de **Telefónica** el 11 de diciembre siguiente, en atención a la consensualidad que rige la formación del contrato de agencia comercial y de lo pactado en el mismo texto negocial, éste tuvo vigencia inicial a partir del 1º de octubre

de 2006 y hasta el 30 de septiembre de 2008. Lo anterior para significar que para resolver la litis el Tribunal sólo podrá atenerse a los hechos ocurridos a partir de la primera de las fechas citadas.

Ahora bien, para emprender la labor de juzgamiento y hacer una hermenéutica adecuada de los supuestos fácticos y legales invocados por una y otra parte, el Tribunal debe acudir al texto del Contrato C-0815-06 y los anexos citados, para establecer si efectivamente Telefónica contrajo frente a **Cellmóvil** las obligaciones que ahora éste alega incumplidas, previo a lo cual inicialmente se hará una breve descripción del texto negocial, luego se examinará el esquema comercial denominado “Operaciones Comerciales en Agentes”, enseguida se ocupará del tema de la adecuación de las tiendas, para seguir con el estudio del suministro de equipos y concluir con el examen de las demás obligaciones que se alegan insatisfechas.

2.2. Descripción del Contrato C-0815-06:

El contrato de agencia comercial origen de la litis está recogido en el documento que con sus anexos obra a folios 55 y ss. del Cuaderno de Pruebas N° 1; en su texto, además de las estipulaciones especiales de que trata el artículo 1320 del Código de Comercio¹⁷, se precisaron en 14 cláusulas varios aspectos relacionados concretamente con el ramo de negocios que el agente promocionaría a nombre de **Telefónica**, los cuales enseguida se exponen en forma breve:

En la cláusula Primera, referida a su objeto, se indicó que las partes se obligaban recíprocamente, *“el agente a asumir en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover la comercialización de los Productos y Servicios a terceras personas, actuando como agente de*

¹⁷ “Artículo 1320. Contenido del contrato de agencia comercial. El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil.

No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos”.

Telefónica Móviles, y Telefónica Móviles a pagar por dicho encargo la remuneración (...) estipulada en la Cláusula Cuarta".

En la cláusula segunda se describió el "Contenido específico del encargo", como un mandato sin representación del agenciado, en el que el agente en su labor de promoción actuaría en su propio nombre, pero en interés y por cuenta de Telefónica y reconociendo, además, que "los clientes captados por el Agente son propiedad exclusiva de Telefónica, no devengando ningún tipo de utilidad ni confiriendo ningún derecho al Agente salvo la Remuneración" (cláusula 2.1.)

Así mismo se advirtió que el agente debería actuar "con organización propia estabilidad e independencia", y que asumiría "todos los riesgos de su propia empresa mercantil", en especial, "todos los costes derivados de la apertura, mantenimiento y eventual cierre de establecimientos donde se promueva la comercialización de Productos y Servicios (...)" (cláusula 2.2.).

En cuanto a las características de los productos y servicios se advirtió que éstas se definen "de manera exclusiva y autónoma, en los instructivos generales" de Telefónica, y que "El fabricante, marca, modelo y la garantía por la calidad de los productos que se vendan, entre otros, serán los que Telefónica Móviles determine de manera exclusiva y autónoma" (cláusula 2.3.).

También se indicó que "El Agente promoverá la comercialización de los productos y servicios en las condiciones jurídicas y de precios y tarifas fijados por Telefónica Móviles, y que oportunamente les serán comunicadas (...)"

Se advirtió que **Telefónica** no estaría obligada "a exclusividad ni geográfica ni en línea de productos" (cláusula 2.4.); y, por el contrario, el agente no podría actuar "como mandatario, comisionista, agente comercial, distribuidor, concesionario, franquiciado ni como

intermediario comercial de cualquier otra especie, de uno o varios de los negocios, bienes, productos o servicios, de otra persona natural o jurídica, pública, mixta o privada, nacional o extranjera, que compita con Telefónica Móviles" (cláusula 2.5.).

En la cláusula Tercera se establecieron las obligaciones generales del agente, como la de desplegar máxima diligencia y actuar en forma profesional (cláusula 3.1. y 3.2.), y se describieron las actividades a su cargo, las cuales se debían cumplir de conformidad con el *Manual Operativo*, el cual podía modificarse por **Telefónica** *"con la periodicidad que considere conveniente, de acuerdo con sus políticas generales y con sujeción al presente contrato"* (cláusula 3.3.). El agente declaró conocer y aceptar que las políticas sobre procedimientos operativos y de prevención de fraude *"son del exclusivo resorte y libre adopción de telefónica Móviles y renuncia a cualquier reclamación por modificaciones adoptadas dentro de tales límites"* (cláusula 3.4.)

Se advirtió también que en la contratación de los productos y servicios el agente observaría las normas y procedimientos establecidos en el *Manual Operativo*; que **Telefónica** tenía la potestad de estudiar las ofertas y rechazarlas si no las encontraba convenientes, sin motivación ni cargo a favor del agente por ello (cláusula 3.5.).

En cuanto a los productos autorizados se pactó expresamente que *"El Agente únicamente podrá promocionar la venta de los productos autorizados y homologados por Telefónica Móviles a través de canales especializados autorizados para su distribución y en los términos y condiciones establecidos por aquella en el Manual Operativo"* (cláusula 3.6).

Las políticas de atención a suscriptores se consideraron como prerrogativa exclusiva de Telefónica. Las obligaciones a cargo del agente comprendían además de las contratadas los actos de administración que fueran necesarios para su cumplimiento.

Se señaló que **Telefónica** pondría a disposición del agente diferentes herramientas *“definidas en el Manual Operativo, que deberán ser utilizadas por éste para la validación y aprobación de las ventas”*. Se estableció un nivel de custodia por parte del agente sobre los bienes, productos y documentos del negocio, los cuales debían ser restituidos a Telefónica dentro de los plazos que ésta fijara.

En lo que respecta a los establecimientos del agente se indicó que *“La actividad del agente se circunscribirá a los lugares y a los locales respecto de los cuales el agente cuente con la previa aprobación de Telefónica (...). El local donde operará solo podrá ser destinado a la contratación de Productos y Servicios, y deberá ser de propiedad del agente o arrendado...”*

Como compromiso especial el agente declaró que la suscripción y ejecución del contrato no quebrantaba ninguna obligación legal o convencional y que posteriormente no contraería obligaciones que entraran en conflicto con el mismo. Era obligación del agente obtener todos los permisos y autorizaciones requeridos para dar debido cumplimiento al contrato; se obligó además el agente a conservar los bienes propios o arrendados necesarios para el cumplimiento del encargo *“y asegurarlos por los montos y riesgos que aconseje la previsión propia de un diligente hombre de negocios”* (cláusula 3.12.).

Se consagró el derecho de inspección por Telefónica para verificar el cumplimiento de *“las disposiciones legales y convencionales, de carácter administrativo, laboral, comercial y técnico por parte del agente, así como la calidad de la atención prestada”*

Cellmóvil se obligó también a presentar un informe en los cinco primeros días de los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre sobre sus obligaciones laborales, y los informes escritos y verbales que, en general, **Telefónica** le solicitare (cláusula 3.14.).

La cláusula Cuarta hace referencia a la remuneración que el agente percibiría como única contraprestación por el cumplimiento del contrato.

Según el numeral 4.2, la remuneración básica, consistía “en la suma mensual liquidada de conformidad con Anexo de Remuneración a este contrato, por las Nuevas Conexiones Netas realizadas por el Agente a los Servicios en el respectivo mes (...)”; también podía consistir “en un margen de utilidad reconocido al Agente por Telefónica Móviles, liquidados sobre los Productos y Servicios (...)” (cláusula 4.2.). De dicho valor debían descontarse los eventos que se presentaran como resultado de conductas consideradas como fraude o reciclaje, por no reportar beneficio a **Telefónica** (cláusula 4.3). Se estableció un procedimiento mensual para la liquidación de la remuneración y se previó la posibilidad de que ésta reconociera a su discreción bonificaciones al agente para premiar o incentivar su gestión (cláusula 4.5). Los pagos al agente se realizarían por **Telefónica** dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la factura debidamente diligenciada.

La remuneración podía ser modificada unilateralmente por **Telefónica**, para lo cual debía avisar por escrito al agente, quien en caso de no estar de acuerdo con la modificación propuesta podía dar por terminado el contrato “sin que por ese hecho se cause indemnización alguna” (cláusula 4.7).

En el mes de noviembre de cada año las partes se debían reunir para efectuar la liquidación de sus prestaciones recíprocas, de lo cual se dejaría constancia en un acta especial, que sería definitiva en cuanto a “las prestaciones de año respectivo y por consiguiente, las partes se declaran a paz y salvo respecto de ese año con efectos de mutuo finiquito, excepto por aquellas prestaciones que se señalen expresamente como pendientes de pago” (cláusula 4.8).

El agente renunció al derecho de retención para pagarse créditos a su favor. Los informes producidos por el agente serían propiedad de Telefónica.

De manera expresa el agente declaró que contaba con *“todos los recursos necesarios para la ejecución del presente contrato”* (cláusula 4.11).

En la cláusula Quinta las partes previeron la forma como se debía liquidar la prestación mercantil especial, y acordaron *“que dicha obligación será atendida por Telefónica Móviles, efectuando su pago anticipado en forma mensual”*.

En lo que se refiere a gastos, en la cláusula Sexta se indicó que el agente daría cumplimiento a su encargo *“sin provisión de fondos por parte de Telefónica, pues todos los gastos y expensas en que aquel pudiera incurrir por la ejecución del presente contrato y el desarrollo de su objeto social se consideran comprendidos dentro de la remuneración pactada”*.

En la cláusula Séptima se precisó que los bienes que suministrara **Telefónica** para la ejecución del contrato se entregarían a título de comodato y sólo podrían ser empleados por el agente para cumplir con sus obligaciones contractuales y debían ser restituidos cuando ésta se lo solicitara, lo cual también aplicaba para los productos de demostración.

La cláusula Octava se refiere a propiedad intelectual.

Como se indicó anteriormente, la cláusula Novena estableció que el término del contrato iría inicialmente del 1º de octubre de 2006 al 30 de septiembre de 2008, término que se prorrogaría automáticamente por periodos sucesivos de dos (2) años, salvo que una de las partes manifestara su intención en contrario tres (3) meses antes de su vencimiento.

En la cláusula Décima se previeron las causales por las que, además del mutuo acuerdo, podía darse por terminado el contrato, tanto por el agente como por **Telefónica**. Así mismo se estableció el procedimiento para la liquidación de las prestaciones recíprocas para esos casos (cláusula 10.5).

En la cláusula Décima Primera se previeron sanciones y multas para el agente en caso de incumplimientos incurridos en desarrollo del contrato.

En la cláusula Décima Segunda se relacionaron las pólizas de seguros que debía constituir el agente a favor de Telefónica para amparar distintos riesgos.

En la cláusula Décima Tercera se incluyeron una serie de disposiciones generales para regular la ejecución del contrato, tales como el sometimiento a la legislación para combatir el soborno, la indemnidad de **Telefónica** frente a terceros por daños causados por el agente; el pacto arbitral; el pacto de confidencialidad respecto de información obtenida por el agente con ocasión de la ejecución del contrato; el registro del contrato ante la Cámara de Comercio; la advertencia sobre la inexistencia de cualquier relación laboral entre Telefónica y los dependientes del agente; y una manifestación expresa del agente en cuanto a su conocimiento de las características comerciales y de seguridad de las zonas en que desarrollaría el contrato.

En la Cláusula 13.8. se estableció que cuando se presentaran circunstancias de fuerza mayor, de caso fortuito o de conveniencia *“las partes podrán de común acuerdo suspender la ejecución del contrato mediante la suscripción de un documento en el que consten tales circunstancias”*. En la cláusula siguiente el agente manifestó conocer y aceptar que los servicios prestados por **Telefónica** pudieran estar temporalmente fuera de servicio en las circunstancias técnicas que allí se describen sin que por ello se pudieran suscitar reclamos por parte del agente.

Se advirtió que el contrato no podía cederse total o parcialmente por parte del agente sin el consentimiento previo, expreso y por escrito de Telefónica (13.10).

En la cláusula 13.11., como se señaló antes, se consignó que dicho contrato constituía el único y total acuerdo entre las partes en relación con el objeto contratado.

También se reguló la forma de computar los plazos, el pago del impuesto de timbre y otros gastos e impuestos, los lugares donde recibirían comunicación las partes y se advirtió que *“cualquier modificación que acuerden las partes deberá hacerse por escrito; sin dicha formalidad se reputará inexistente”* (cláusula 13.15).

Finalmente, en la cláusula Décimo Cuarta se relacionaron como anexos del contrato los siguientes: *Anexo 1 – Anexo de remuneración, Anexo 2 – Acta de entrega de bienes dados en comodato, Anexo 3 – Registro de Agencia Mercantil ante la Cámara de Comercio, Anexo 4 – Autorización, Anexo 5 – Manual Operativo, y Anexo 6 – Política de Prevención de Fraudes.*

Consideraciones sobre el contrato entre las partes:

Revisado el texto del contrato C-0815-06 el Tribunal reconoce que dicho negocio contiene los elementos tipificantes del contrato de agencia comercial recogidos por el ordenamiento mercantil en los artículos 1317 y ss. Encuentra además que sobre la naturaleza del contrato que vincula a las partes no existe duda ni discusión entre ellas, lo cual se ve corroborado por la interpretación y cumplimiento que hicieron de sus estipulaciones en el desarrollo del negocio.

De manera particular advierte el Tribunal que dicho texto convencional coincide con la proforma de contrato de agencia que elaboró **Telefónica** y que en el año 2006 puso a disposición de aquellas personas

que quisieran vincularse como sus agentes, modelo contractual que se consignó en una cartilla, de la cual obra copia con espacios en blanco a folios 99 a 131 del Cuaderno de Pruebas N° 1.

Al comparar el texto del contrato origen de la litis con el consignado en la cartilla, el Tribunal encuentra identidad casi total en sus estipulaciones incluso la referida a su duración inicial, pues según la proforma todos los contratos irían hasta el 30 de septiembre de 2008, como en el caso en estudio. Por lo anterior se puede inferir que el C-0815-06 fue un contrato de adhesión, donde **Telefónica** redactó de manera general el clausulado que contiene su objeto, los derechos y obligaciones de las partes, y todas las demás particularidades del negocio que mejor sirvieran a sus intereses. Dicho contrato fue común para todos los agentes, quienes por la naturaleza del mismo no tuvieron oportunidad de discutir o negociar sus estipulaciones, y tal vez la única decisión que podían adoptar respecto de él era la celebrarlo o no, a su mejor conveniencia.

No obstante lo anterior, del examen particular de cada una de las cláusulas del contrato que se acaba de hacer, el Tribunal no advierte que en ellas se haya establecido ventaja desmedida a favor del agenciado, ni obligaciones desproporcionadas a cargo del agente, o remuneración inequitativa, o que se hubieran incluido prestaciones determinadas encaminadas a causar perjuicio a los agentes. Entiende el Tribunal que el texto del contrato corresponde a una versión que debía obedecer tanto a la experiencia que el agenciado había logrado recaudar desde su incursión en nuestro medio en el mercado de la Telefonía Móvil Celular, considerado aún como incipiente pero de constante dinamismo, como a la implementación del nuevo esquema de negocios que ésta propuso a los agentes adelantar.

El Tribunal destaca en este punto que del examen de dicho clausulado no se desprende que en él, más allá del lucro normal que subyace en los negocios mercantiles, el agenciado pretendiera aventajar

indebidamente a sus agentes, pues la relación que se construye entre las partes de ese acuerdo es de correspondencia y mutuo beneficio; de tal suerte que si el agente logra importantes beneficios económicos en la explotación de un determinado producto y/o servicio que produzca o preste el agenciado, correlativamente éste obtendrá beneficios directamente proporcionales, es decir que mientras mejor le vaya económicamente al agente mejor le irá al agenciado y, en caso contrario, la debacle económica de los agentes repercute de alguna manera en las finanzas de aquel; por ello, la relación entre las partes del negocio de agencia mercantil, a diferencia de otros contratos, requiere de mayor acompañamiento y colaboración interpartes y de la constante dirección y vigilancia del agenciado, a fin de poder adoptar correctivos oportunos y las medidas que se requieran para la mejora constante del negocio.

El Tribunal se abstendrá de hacer mayores consideraciones sobre aspectos generales del contrato, respecto de los cuales doctrina y jurisprudencia ofrecen suficiente elaboración teórica; en su lugar se ocupará preferiblemente de aquellos aspectos que son materia de controversia en este proceso, del examen de los hechos sobre los que se edificaron las pretensiones y de sus probanzas.

2.3. Antecedentes del contrato C-0815-06

En los hechos 28 a 37 de la demanda el apoderado de **Cellmóvil** expone los antecedentes del esquema comercial denominado “Operaciones Comerciales en Agentes” que implementó **Telefónica** en los contratos de agencia comercial suscritos a partir del año 2006, a los cuales el Tribunal se referirá enseguida en forma sucinta, así como a la contestación que dio Telefónica a ellos.

Al hecho 28 manifiesta el demandante que en el año subsiguiente a enero de 2005, luego de que se produjo un cambio en la composición accionaria de la convocada, en entonces Bellsouth, ésta nunca hizo

reparos al esquema de ventas que **Cellmóvil** había implementado denominado por él "*Multinivel*". Al respecto el apoderado de la convocada manifiesta que el cambio aludido no tiene relación con la supervisión de la estrategia comercial del agente, y agrega que las modificaciones en los modelos contractuales y comerciales obedecen a la dinámica del mercado y se justificaban por las exigencias "*en materia de competitividad y penetración de marcas y productos*". Agrega que la relación que tenían las partes en el 2005 fue terminada y que todo hecho anterior a 5 años de presentada la demanda "*carece de relevancia para la litis*".

Al hecho 29 se indica que en abril de 2005 se realizó el lanzamiento de la marca Movistar, lo cual es aceptado por la convocada, a lo que añade que ello benefició a los agentes al atraer más clientes a sus puntos de venta.

En el hecho 30 se indica que en octubre de 2005 **Telefónica** realizó una convención en Punta Cana, República Dominicana, en la que expuso el nuevo modelo comercial y "*la intención de profesionalizar a los vendedores para la introducción de los nuevos servicios y tecnologías de atención al cliente*". La convocada acepta este hecho y agrega que tal esquema partía de la base de la recuperación del mercado que se había perdido frente a la competencia, para lo cual "*los agentes debían modificar su comportamiento comercial*" y presentarse como "*socios de los clientes, para brindarles la mayor cantidad de alternativas comerciales, con el fin de lograr una mayor permanencia y fidelización de los usuarios*". Par tal propósito, una de las opciones que se manejaron fue "*la implementación de puntos propios de los agentes que resaltarán la actividad de Telefónica, y se prestarán otros servicios (como reposiciones, puntos de venta, reclamos por pérdidas de teléfonos, entre otros)*".

Al hecho 31 se informa que en abril de 2006 igualmente se realizó en Santa Marta una presentación de las nuevas proyecciones comerciales

del agenciado, y se estableció la necesidad de adoptar una estrategia comercial diferente, *“pues el objetivo principal ya no sería la masificación, sino la fidelización, mediante la realización de las denominadas “operaciones comerciales en la red de establecimientos de propiedad del agente comercial”*; así mismo se señaló que mantener el anterior modelo podría generar un incremento del nivel de fraudes *“ante el riesgo de que los subdistribuidores simularan ventas”*.

La convocada acepta tal hecho y agrega que en la presentación en mención se advirtió a los agentes de la nueva estrategia comercial y de *“las implicaciones que ella conllevaba”* por el rumbo del mercado que *“daba preponderancia a la prestación de servicios adicionales a los clientes a través de la realización de operaciones comerciales”*. Dice que no es cierto que se hubiera hecho mención al tema de los fraudes, toda vez que era una situación controlada y regulada a través de los contratos, y que sólo se les advirtió que los fraudes cometidos por los subdistribuidores serían responsabilidad de los agentes.

Al hecho 32 se relacionaron los puntos principales sobre los que, según el agente, se estructuró el nuevo esquema comercial denominado *“modelo de gestión y atención a clientes”*, que por su pertinencia frente a las controversias se transcriben completos, así:

“a) Se entregaría a los agentes comerciales la realización de “operaciones comerciales” que antes sólo eran realizadas directamente por TELEFÓNICA a través de sus Centros de Ventas y Servicios (CVS). En otras palabras, el agente comercial ya no sólo devengaría ingresos por concepto de ventas de nuevas activaciones (“altas”, según la denominación interna del operador), sino que se vería beneficiado con el posicionamiento de puntos de venta de tráfico recurrente, ampliando la posibilidad de mejorar sus ingresos.

El nuevo modelo de gestión le permitiría a TELEFÓNICA atomizar la atención a sus clientes ya vinculados (mayor capilaridad), la cual se

encontraba concentrada en sus CVS, que en cantidad eran muy inferiores al número de establecimientos que potencialmente podrían instalar los agentes comerciales.

b) Además de lo anterior, los comerciantes podrían seguir prestando el servicio de nuevas activaciones, en el que ya de hecho venían especializados.

c) En los puntos de venta de propiedad de los agentes, además de las "operaciones comerciales" que estos podrían realizar, TELEFÓNICA ubicaría a su costo asesores de servicio que contribuirían a la realización de transacciones comerciales, por las que de todas maneras también recibirían comisiones los agentes comerciales.

d) Los puntos para el desarrollo del nuevo modelo de gestión, serían los establecimientos de comercio de propiedad de los agentes, los cuales deberían contar con características físicas y de adecuación técnica y visual fijadas por TELEFÓNICA, quien también fijaría las políticas para manejo de personal, los procedimientos internos de operación y los horarios".

Este hecho es aceptado por la convocada, y agrega que "el agente comercial era libre de acogerse a estas nuevas condiciones, y seguir o no como agente de Telefónica" y, afirma: "Si Cellmóvil lo hizo, era porque le resultaba provechoso para su labor comercial". Dice además que el esquema de agenciamiento requería que existiera "identidad en términos de identificación corporativa y estrategia comercial y publicitaria entre Telefónica y los agentes. La aprobación de la infraestructura de los centros que requería el nuevo modelo de gestión, obedecía a la necesidad de unidad e identidad entre telefónica y sus agentes".

Al hecho 33 se afirma que Telefónica adquirió con Cellmóvil un compromiso según el cual "el agente comercial asumía la responsabilidad de la obra gris y obra blanca de cada local, así como la

instalación de equipos de cómputo y demás elementos de tecnología, por su parte TELEFÓNICA se encargaría de la implementación de la marca e imagen corporativa (Avisos, Counters, Vitrinas, etc.)”.

El apoderado de la convocada acepta tal hecho, y agrega que en virtud de tal acuerdo, que se implementó con todos sus agentes, se entregaron recursos monetarios, que no se les cobraban, para la “*adecuación corporativa de los locales físicos de la compañía a los requerimientos del nuevo esquema de gestión comercial*”. Dicho apoyo estaba sujeto a la aprobación de Telefónica dependiendo de la “*ubicación del local, cuantía, alcance y calidad de las obras locativas*”. De la documentación aportada como sustento del hecho, señala la convocada que ella permite inferir que **Telefónica** “*realizó cuantiosas inversiones que beneficiaron al agente, y que cumplió con lo prometido*”.

Al hecho 34 afirma la convocante que en diciembre de 2006 se suscribió entre las partes el “Anexo No. 6” del contrato de agencia comercial, que “*implicó para el agente la aceptación de un mayor nivel de responsabilidades por fraudes que el que tenía inicialmente, de manera que de no aceptar el cambio de modelo comercial, vería reducidos significativamente sus ingresos por la aplicación de penalizaciones*”.

El apoderado de la convocada señala que no es cierto el hecho consistente en que desde tiempo atrás se habían adoptado herramientas para prevenir el fraude, y que no se trataba de trasladar esa responsabilidad a los agentes, “*sino de cuestionar la falta de diligencia de los propios agentes en las labores de venta de los servicios (...)*”. Concluye diciendo que el cambio de esquema comercial no puede relacionarse con la finalización de una importante red de subdistribución, “*dado que Telefónica brindaba a los agentes, quienes podían entregarlo a los subdistribuidores, todo el soporte y capacitación para evitar y prevenir los fraudes*”.

Al hecho 35 se menciona la realización de una reunión a mediados de enero de 2007 entre representantes de **Cellmóvil** y de **Telefónica**, en la que se suministraron *“las bondades y proyecciones del nuevo esquema comercial propuesto” (...)* la canalización, por esta vía del procedimiento de implementación de la red de segunda y tercera generación y de la posibilidad de ofrecer nuevos productos y servicios, cuya multiplicación se evidenciaba gracias a la compra de Telecom. Agregó que se indicó que el nuevo esquema sería mejor que el denominado *“Multinivel”*, *“que ya estaba dando muestras de disminución de ingresos para los agentes, debido a la alta penetración que se había logrado en el mercado”*.

El apoderado de la convocada dice que tal hecho no es cierto, que el nuevo esquema comercial fue presentado de forma general a todos los agentes en las reuniones antes aludidas, aunque sí se realizaron otras a pedido de algunos agentes donde se detallaron aspectos del modelo. La estrategia buscaba *“nuevas oportunidades de negocio, lograr una mayor penetración de la marca y por ende, buscar otras fuentes de ingreso para los agentes, que pudiera reemplazar la saturación y agotamiento que había sufrido el esquema de subdistribución”*.

Al hecho 36 se afirma que atendiendo la información suministrada por el Vicepresidente de **Telefónica**, los principales accionistas de **Cellmóvil** viajaron a España para conocer y verificar la operación de agentes comerciales que ya habían adoptado el nuevo modelo que ahora se implementaría en Colombia, visita que obedeció a una invitación de un agente comercial de ese país.

El apoderado de la convocada niega tal hecho, pues dice que la supuesta invitación aportada es de 21 de diciembre de 2005, cuando el viaje de los directivos fue en 2007, y que no se logra establecer el alcance de la actividad de las compañías visitadas, *“ni cual fue el motivo del eventual viaje”*.

Al hecho 37 se afirma que con la información obtenida “y después de analizados los parámetros en que se basó la estructuración del nuevo modelo comercial, pero por sobre todo ante la notoria presión y exigencia de TELEFÓNICA, quien aseguraba que había probado con éxito el mismo en otros países”, **Cellmóvil** debió asumir que el nuevo modelo ofrecido era el más conveniente y por ello sus representantes se comprometieron a migrar de un esquema a otro y suscribieron “un acuerdo modificatorio al Contrato C0815/06 que se denomina "ANEXO 1 Condiciones DE OPERACIÓN DEL PROGRAMA "OPERACIONES Comerciales EN AGENTES"” y que incluye el documento denominado "Anexo 9 Condiciones de operación del programa "Gestión y Atención a Clientes Canal Presencial" y enseguida procedieron a realizar las siguientes actividades a partir del mes de marzo de 2007:

a) “Transformación de la estructura comercial, administrativa y operativa de la compañía para adecuarse a un sistema de comercialización totalmente distinto al que se venía manejando”. Lo que implicó contratación de más empleados y “capacitación de todo el personal nuevo y antiguo” a un costo de \$70.833.560.

b) “Desvinculación gradual de todos los subdistribuidores abandonando el sistema "MULTINIVEL" para crear un canal de tiendas propias y de vendedores Pymes (...)”.

c) Cesión a TELEFÓNICA de los subdistribuidores a través de los cuales CELLMOVIL realizaba su gestión de venta masiva por medio del esquema "MULTINIVEL", cesión que se hizo conforme a las directrices de aquella”.

d) “Con la autorización de TELEFÓNICA se montaron 62 tiendas propias, lo que implicó la celebración de nuevos contratos de arrendamiento”, y el pago de primas comerciales por \$11.000.000. Se añade que **Cellmóvil** “montó un alto número de establecimientos adicionales” y “a diciembre de 2008 tenía

tomados en arrendamiento o concesión” 62 locales en diferentes ciudades que relacionó en el hecho.

e) Se afirma que durante el tiempo que han estado vigentes esos contratos **Cellmóvil** ha invertido \$4.300.151.680 en cánones de arrendamiento.

f) *“Para la adecuación de las nuevas tiendas, y el rediseño de la imagen corporativa de las antiguas”, **Cellmóvil** invirtió \$657.592.476*

g) *“Para lograr la adecuación tecnológica que el nuevo esquema comercial exigía”, **Cellmóvil** invirtió \$34.650.750 en implementación del nuevo software; \$88.648.805 en compra de equipos; y \$76.765.829 en la compra de muebles necesarios para la operación de los nuevos equipos.*

h) Para lograr la implementación del canal Pymes **Cellmóvil** invirtió \$227.125.545.

El apoderado de la convocada manifiesta que en general el hecho no es cierto. En primer lugar porque **Telefónica** no presionó a la convocante para que modificara su esquema comercial, pues ésta pudo *“estudiar e ilustrarse con suficiencia sobre los alcances de los cambios propuestos y entendieron que el mercado, dinámico y variable, exigía reformas so pena de perder más espacio frente a la competencia”*. Se agrega que **Cellmóvil** asumió la realización de las operaciones a su propio riesgo, *“a sabiendas que las mismas serían remuneradas y traerían beneficios en su actividad”*.

Así mismo el apoderado de la convocada se refirió a cada una de las imputaciones de incumplimiento, así:

Que no es cierto que **Cellmóvil** se haya transformado en su estructura para poder cumplir el contrato; que no es cierto que se haya desmantelado el denominado esquema *“multinivel”* con

subdistribuidores, ni que los mismos se hubieran cedido a Telefónica; tampoco le consta la celebración de los contratos de arriendo y pide se verifiquen las fechas de ellos y dice que *“no hay uniformidad sobre las razones para su celebración”*. Dice no constarle las inversiones aducidas en imagen corporativa y adecuación tecnológica, y que no es cierto lo referido a la asunción de sumas por conceptos relacionados con el canal Pymes *“dado que este canal de comercialización existía de tiempo atrás”*.

Consideraciones del Tribunal:

Los hechos que acaban de relacionarse se refieren, en general, a los antecedentes de la suscripción del Contrato C-0815-06, el cual se estructuró desde un inicio bajo un nuevo esquema denominado *“Operaciones Comerciales en Agentes”*, que implicaba para quienes quisieran ser agentes comerciales de **Telefónica** hacer una serie de inversiones para la adecuación física y tecnológica de tiendas propias en las cuales, además de poder vender planes y equipos, podrían también ofrecer a los usuarios servicios que antes sólo se prestaban en los Centros de Ventas y Servicios (CVS) del agenciado, lo cual redundaría en beneficios para ambos contratantes. En ese sentido se relacionan una serie de inversiones que hizo el agente **Cellmóvil** para adecuar a las nuevas exigencias la estructura empresarial administrativa, operativa y tecnológica que empleaba en el esquema de ventas que desarrolló en vigencia de los anteriores contratos de agencia con la misma **Telefónica** y que tuvo a bien llamar *“Multinivel”*.

Sea lo primero advertir, que para la definición de la controversia, escapan del alcance del Tribunal aquellos hechos anteriores a la suscripción del contrato o concomitantes con aquel que no estén recogidos en el mismo, salvo que tales hechos se invoquen para atacar la legalidad del contrato por estar viciada la misma celebración del negocio, lo cual no ocurre en este caso, como se expuso anteriormente. El Tribunal en capítulo anterior reconoció que las relaciones comerciales

entre las partes, actuando con distintas razones sociales una y otra, datan de varios años atrás, y que tales relaciones estuvieron reguladas por medio de distintos contratos que oportunamente fueron terminados y liquidados, y respecto de los cuales las partes en su momento se declararon a paz y salvo mutuamente¹⁸. Por lo anterior, el Tribunal precisa que para la definición de los asuntos traídos a su conocimiento sólo podrá referirse al Contrato C-0815-06, por ser el único vigente, pero sobre todo porque en él está contenido el pacto arbitral que lo habilita para solucionar las controversias que emanaron de él.

La parte convocante ha querido endilgar a **Telefónica** responsabilidad, a título de culpa, por la celebración del contrato C-0815-06, que a diferencia de los anteriores permitía a los agentes ofrecer a los usuarios productos y servicios que antes exclusivamente se prestaban en las tiendas de la agenciada. Esta imputación no es aceptado por el Tribunal por las razones que pasan a exponerse:

Del examen del acervo probatorio el Tribunal encuentra que **Cellmóvil** durante el tiempo que fue agente comercial de **Telefónica**, cuya relación estuvo regida por distintos contratos, fue un empresario exitoso y uno de los mejores como lo reconocen los propios funcionarios de Telefónica, con importante presencia en el suroccidente del país, con gran volumen de ventas de planes y equipos, galardonado por el agenciado en múltiples ocasiones y tal vez poco sancionado por aquel, y que en resumen cumplió con las obligaciones que asumió en vigencia de los anteriores contratos de agencia, lo que a las claras indica que se trataba de un profesional en el ramo de negocios que explotaba. De lo anterior dan cuenta las menciones honoríficas que le otorgó el

¹⁸ Al respecto, a folios 1 a 46 del Cuaderno de Pruebas N° 12, obra prueba documental recaudada en la inspección judicial en Telefónica, donde se observan las Actas de Terminación y Liquidación de los Contratos 1299 de 2000 celebrado entre Bellsouth Colombia S.A. y Comunicaciones Móviles Cellmóvil S.A., C-0380-02 de 2002 entre Telefónica Móviles Colombia S.A. y Comunicaciones Móviles Cellmóvil S.A., C-0293-02 entre Telefónica Móviles Colombia S.A. y Alianza Celplus Ltda., las dos últimas de 11 de diciembre de 2006, fecha que coincide con la de la firma del Contrato C-0815-06 por parte de Telefónica. Igualmente se aportó por la convocada copia del Acta de Terminación del denominado "*Contrato de Prestación de Servicios 1151 celebrado el 6 de octubre de 1999 entre Cocolco S.A. y Comunicaciones Móviles Cellmóvil Ltda.*".

agenciado y que como Anexo 9 se acompañaron con la demanda, algunas del 2004 y otra del 2008 (folios 133 a 140, Cuaderno de Pruebas N° 1); el Anexo 11 relativo a un informe en el que **Cellmóvil** aparece en el puesto 412 entre las 500 empresas que mas vendieron en el Departamento del Valle en el año 2006, elaborado por la Superintendencia de Sociedades y la Cámara de Comercio de Cali (folios 167 a 181, Cuaderno de Pruebas N° 1).

Así mismo, varios de las declarantes en el proceso se refirieron al profesionalismo del agente, así por ejemplo el señor Juan Pedro Araujo Montes, antiguo Vicepresidente Comercial de Telefónica Colombia y actual funcionario de Telefónica Internacional, a pregunta del apoderado de la convocada manifestó: *"(...) la sensación que yo tengo es que eran buenos distribuidores, esa es la certeza que yo tengo que eran buenos distribuidores, de hecho en los estudios que nosotros hacíamos eran distribuidores que gestionaban las altas y que además con calidad (...) cuando se fueron a un modelo donde ellos y gestionaban sus puntos de venta propios las penalizaciones se fueron minimizando y tenían unos datos de calidad de altas buenos y tenían unos datos de ventas buenos y salían siempre de los mejores"* (folio 172 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 12).

En el mismo sentido declaró el señor Luis Carlos Díaz Osorio, funcionario de **Telefónica**: *"Cellmóvil tenía dos grandes accionistas o dueños que son los que siempre tuvimos relación, era don Jorge Torres, a él lo conocí desde cuando entré a la compañía tenía una diferencia frente a todos los otros agentes y es que era demasiado inquieto, "creo que puedo decir que era nuestro mejor agente cuando éramos Cocolco"* (folio 48, Cuaderno de Pruebas N° 12).

Y más adelante este mismo testigo, preguntado por el apoderado de la convocada sobre *"qué conoció acerca de Jorge Torres, qué actividad desarrollaba en relación con Cocolco, cuál era su desempeño comercial en relación con la compañía en ese momento"*, respondió:

“Cuando entré no era el agente más grande de Cotelco, era un agente intermedio, era uno de los agentes pequeños pero sí tenía una diferencia frente al resto y es que creo que era el único agente que se la pasaba prácticamente en mi oficina, manejaba nuevos productos ahí y él se lo pasaba en mi oficina pidiendo: -oiga, por qué no hacemos este plan o hacemos este, esta alianza-.

Me acuerdo una alianza que hicimos con Almacenes La 14, él fue el que entró a Almacenes La 14 y la verdad lo recuerdo porque muy exitoso, la estrategia que montamos en conjunto fue bastante exitosa. Cuando llegamos al año 2002, en realidad cuando éramos Cotelco nosotros no necesitábamos sino activaciones postpago que eran las que tenían rentas mensual.

El año 2000 que llega Bellsouth se comienza a estimular la venta de telefonía prepago y en ese momento para crecer don Jorge hizo un cambio en su negocio y empezó a hablar con unos cooperados, unos aliados y los que eran empleados cada uno comenzó a montar una unidad de negocio y él maneja eso, creo que era cooperados, algo así que le llamaba él.

Eso comenzó a crecer muchísimo, recuerdo que en el año 2001 el señor ganó un reconocimiento de la Gobernación del Valle por emprendimiento” (folio 48 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 12).

Así también declaró la señora Diana Rivera Ocampo: “(...) Cellmóvil específicamente era un agente de los más importantes o el más importante en la regional, entonces nosotros precisábamos dónde estaba siendo débil, él tenía operación en toda la regional, en unas ciudades era muy fuerte, en otras no era tan fuerte” (folio 139 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 12).

“(...) nosotros siempre nos sentábamos con ellos, y más sabiendo que había sido un agente tan importante para la regional” (folio 144 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 12).

"(...) Comercialmente eran muy buenos, eran alrededor, cuando yo llegué a ese puesto, participaban con el 29, 30% de las ventas de la regional en el 2003, 2004" (folio 146 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 12).

Por otra parte el señor Julián Alfonso Sinisterra Reyes, quien fuera vicepresidente comercial de Cocolco, a pregunta del apoderado de la convocante sobre *"Por qué lo calificaría altamente representativo?"* al agente, respondió:

"Tal vez le podría resumir en que la cercanía que tenía con ellos y con todo mi canal, este distribuidor fundamentalmente respondía a todas las propuestas comerciales que la compañía le hacía, se facilitaba para hacer inversiones en beneficio del negocio, de abrir nuevos puntos, de abrir puntos en centros comerciales, de abrir puntos en los sitios donde nosotros considerábamos había oportunidades y jugaban como socios de negocios con nosotros y fundamentalmente porque los resultados eran siempre positivos con ellos (...)" (Pág. 6).

"DR. BEJARANO: Cómo fue el desempeño de Cellmóvil durante la época en que usted estuvo en su condición de agente comercial?"

SR. SINISTERRA: Absolutamente intachable, como le digo socio de negocios estratégicos, clave para los resultados de mi gestión y de la compañía, siempre respondió presente cuando lo solicitábamos para alguna estrategia particular que requeríamos, siempre estaba listo a acompañarnos en la gestión" (Pág. 7).

En el mismo sentido declararon las señoras Beatriz Aristizabal y Sandra Marcela Molano Beltrán.

Para el Tribunal el reconocimiento del profesionalismo de **Cellmóvil** no ofrece reparos; pero aceptar que el agente era un diligente profesional, con varios años de experiencia al lado de **Telefónica** como distribuidor y luego como agente, implica también admitir que éste tenía suficientes

conocimientos y pericia para comprender el negocio que ahora le propuso y expuso el mismo agenciado en varias reuniones, unas de carácter general (convenciones en Punta Cana, Santa Marta y Cali) y otras particulares que se afirma en la demanda sostuvieron los representantes legales de las partes, en las cuales se les informó en qué consistía el nuevo esquema comercial, cuáles eran las razones para su implementación y las bondades económicas que podía ofrecer. Es más, alega la demandante que sus representantes tuvieron la oportunidad de comprobar en España la funcionalidad de ese modelo de negocios que ya habían implementado los agentes allá, lo cual aparte del debate que pueda existir sobre las verdaderas motivaciones del viaje, demuestra que **Cellmóvil** tuvo la oportunidad de indagar, documentarse y asesorarse para validar la conveniencia del negocio que se le proponía.

Por lo expuesto, no puede **Cellmóvil** desconocer su propia conducta en la celebración del negocio, pues de serle adversa ello equivaldría a invocar a su favor su propia culpa, y pretender responsabilizar de sus consecuencias a **Telefónica**. Se repite, toda vez que no existe pretensión alguna encaminada a declarar que el agente fue constreñido a contratar o que para el efecto fue sometido a engaño, no puede el Tribunal entrar en el fuero de la causa negocial para entender por qué contrató; se supone que la celebración del negocio obedeció a la valoración que hizo de diferentes elementos de orden legal, financiero, técnico y operativo, aspectos de los que por demás no obra suficiente prueba en el expediente.

De lo que no cabe duda, por no existir prueba en contrario, es que **Cellmóvil**, así como todos los demás agentes, tuvo la posibilidad de decidir si celebraba el contrato de agencia que le proponía **Telefónica** para así continuar siendo su agente, lo que implicaba que debía asumir las directrices que la agenciada consideraba ahora como necesarias para mejorar el rumbo de su negocio; así mismo, en caso de no hacerlo, encuentra el Tribunal que también tuvo la posibilidad de resolver

libremente que no suscribía ese contrato y con ello dejaba de ser agente de ésta, aspectos sobre los que no le cabe responsabilidad a la agenciada.

Sobre el sometimiento al que supuestamente se vio compelido el agente **Cellmóvil**, para adherirse forzosamente al contrato propuesto por **Telefónica**, no existe prueba en el expediente, en cambio varios de los declarantes mencionaron como algunas personas una vez escuchada la propuesta del representante de **Telefónica** decidieron no continuar como sus agentes, sin que por ello se derivara responsabilidad para nadie.

En ese sentido declaró ante el Tribunal el señor Luis Carlos Díaz Osorio, quien manifestó:

“DR. SÁCHICA: ¿Ese esquema de operaciones comerciales en agentes, era un esquema que era de obligatoria utilización para los agentes comerciales?”

SR. DÍAZ: No es obligatorio, es como si tiene una heladería y le pongo el cono, las paletas, el helado y llega un vasito, tiene la posibilidad de venderlo o no, pero si no lo vende está perdiendo plata, una posibilidad de venta. Si no le pagara, si no ganara nada sería una bobada, pero si le estoy pagando por cada cosa que haga, está dejando plata sobre la mesa; pero no es obligación, nosotros no obligamos porque hay agentes que simplemente no tomaron la decisión de vender” (Pág. 17).

“(…) pero de otro lado también conocí otros que dijeron yo no le voy a jugar a este tema, José Luis Osorio se llamaba uno de los socios, no me acuerdo el nombre de la compañía de él en Cali también, había sido distribuidor de la época mía también, importante y decidió no jugarle al esquema de negocios que planteaba Juan Pedro y el... Juan Pedro Telefónica, (...)” (Pág. 12).

Así mismo Juan Pedro Araujo en su testimonio manifestó:

“Dr. SÁCHICA: cuando ustedes presentan ese nuevo modelo de gestión comercial a los agentes que reacción recibieron ustedes de los agentes, que planteamientos en general recibieron de los agentes (...)”

Sr. ARAUJO: Creo recordar que agentes que no firmaron el contrato fue uno, el resto lo firmaron todos, nadie nos planteó abiertamente por lo menos, no hizo llegar no que estaban de acuerdo, excepto una persona que fue la que no firmó, el resto de los agentes firmaron entiendo porque les pareció correcto y les gustaba hacia dónde íbamos, (...)” (Pág. 17 y 18)

“Dr. SÁCHICA: En esas reuniones que usted nos ha comentado en abril, mitad de año de 2006, reunión en Cali en el hotel Intercontinental o en alguna otra reunión con los agentes o en privado con Alianza Cellmóvil, usted les exigió que cerraran su operación:

Sr. ARAUJO: Yo? Y quién soy yo para exigir.

Dr. SÁCHICA: Igual usted les pudo haber exigido que abrieran una operación con puntos propios?

Sr. Araujo: No, lo que si les digo es que nosotros les comentamos a todos los distribuidores que si querían trabajar con nosotros hacia donde íbamos, necesitábamos que invirtieran en punto de venta propios, es una necesidad en función de un modelo que nosotros planteamos y que uno toma la libre decisión de poder hacerlo, (...)” (Pág. 20).

Jan Willem Karl Abraham Lelie, socio de la compañía **Alianza Cellmóvil**, declaró igualmente ante el Tribunal sobre aspectos relacionados con la formación del contrato y la implementación del esquema “Operaciones Comerciales en Agentes”, sobre lo que, entre otros, profusamente expuso:

“DR. BEJARANO: A partir de qué fecha si lo recuerda se iniciaron conversaciones con Telefónica para modificar el sistema multinivel por el denominado operaciones comerciales?”

SR. LELIE: Telefónica ellos compraron a Bellsouth en Latinoamérica como a principios de 2005, obviamente ellos tuvieron unos empalmes y nosotros no sentimos tanto la transacción que ellos hicieron, eso seguía funcionando igual, (...).

(...) nos invitaron a una reunión en Santo Domingo, allí estuvieron los grandes agentes, 800 de los mejores vendedores que invitaron a este evento de 3 días, (...) este evento estuvo muy marcado por el discurso que hizo el nuevo presidente Sergio Regueros donde él enfatizó mucho que ya estábamos llegando a unos niveles de penetración en la población óptimos.

(...) Cuando Bellsouth compró la operación en el 2002 ellos tenían para ilustrar el tema, por ahí 800.000 usuarios y en el 2006 tenían casi unos 8 millones de usuarios, o sea en ese período de multinivel se hizo la adquisición de toda la clientela que ellos hicieron, (...)

(...) el discurso enfatizó mucho que el vendedor y los 800 mejores que habían invitado, que era muy necesario que ellos se profesionalizaran dentro de la nueva tecnología, que había que hacer una labor de fidelización al cliente, que ya tienen el cliente, pero había que hacer un trabajo de fidelización.

*Ese fue para nosotros el primer indicio de que Telefónica estaba buscando un nuevo rumbo dentro de sus esquemas de trabajo, **eso fue como en octubre/05**, en marzo a principios de 2006 Movistar presentó el plan de los 1.000 días, esa fue una invitación que a nosotros nos hicieron y nos reunieron con todos sus empleados en Cali y agentes comerciales que estaban trabajando con ellos y fue una video conferencia en vivo en todo el continente suramericano, en vivo porque nos habló primero el presidente de Telefónica para Latinoamérica José María Álvarez, nos habló aproximadamente 2 horas del plan de 1.000 días en qué*

consistía, qué querían lograr en los primeros 1.000 días y las nuevas tecnologías que traían, qué otros servicios, la fidelización de la clientela y lo importante que era la marca Telefónica y lo dedicados que ellos estaba para trabajar con sus proveedores para consolidar el mercado latinoamericano.

(...) todo eso estaba enmarcado para promover la marca Telefónica y tratar de tener convencido a sus proveedores y empleados de que iban a venir con todo.

Eso fue en abril/06, allá nos invitaron a Santa Marta para abril creo, pero yo allá no fui, mi socio y allá se presentó un nuevo vicepresidente comercial (...) Juan Pablo Araujo que vino de España y él se presentó en esa reunión, con la información de que estaban cambiando, o sea había unos cambios en las estructuras comerciales.

Debido a que en la fidelización era muy importante que el cliente se identifique muy bien con el operador y confíe en que las tecnologías que lleva son más jóvenes y que los vendedores tienen que ser muy profesionalizados para poder convencer al cliente que ante todo de todos los servicios que ya estaban implementando y en generar la confianza para que el cliente se quedara.

Alrededor de julio se firmó o hubo nuevamente un contrato y allá hubo unas adiciones al contrato que nos devolvieron el 11 diciembre/06 firmados y entonces ya nosotros habíamos visto que nos estaban hablando de los cambios comerciales un poco, pero era de forma muy general y en invitaciones donde como le digo citaron una serie de agentes en Santo Domingo y después en Santa Marta con todos los agentes, en la reunión de las video conferencias nosotros veíamos que nosotros qué tenemos que hacer, qué vamos a hacer (...)" (Pág. 6 a 8). (Destaca el Tribunal).

Y más adelante este testigo, respecto de las investigaciones de mercado que hicieron para celebrar el negocio, señaló:

"DR. BEJARANO: Informe al Tribunal si ustedes realizaron estudios o análisis antes de tomar la decisión de aceptar el cambio al nuevo esquema?

SR. LELIE: **Sí, nosotros analizamos profundamente el tema como mencioné, o sea tanto en lo económico que era de pronto lo más obvio** porque Juan Pedro nos menciona que ellos, porque el operador puede manipular mucho el mercado, pero las promociones y la disponibilidad de equipos que ellos colocan, porque el cliente existe y si bajan el precio, modifican el precio.

DR. BEJARANO: **Pero qué estudios y qué análisis hicieron ustedes?**

SR. LELIE: **Económicos en el sentido de que la viabilidad de costear todo el proceso, o sea de costear las inversiones primero** porque había que hacer las inversiones entonces nosotros miramos por decir las posibilidades de hacer esas inversiones y abrir unas 70 tiendas nuevas.

Analizamos los posibles resultados económicos con lo que nos había dicho el operador, hicimos un análisis en el mercado en cuanto a cómo funcionaba ese sistema en los otros países en donde operaba Telefónica y ya tenían esa operación, porque ya estábamos viendo que ellos estaban trayendo inversionistas del exterior, para nosotros era que si ya había gente que trabajaba en el sistema y querían invertir en Colombia es porque ya era un sistema bueno". (Págs. 13 y 14) (Destaca el Tribunal).

Y más adelante el testigo continuó manifestando:

"DR. BEJARANO: Si ustedes hicieron unos estudios en los que debieron avizorar que de acogerse al nuevo sistema comercial eso representaría un esfuerzo económico por las inversiones y el incremento de los costos fijos, **por qué aceptaron el cambio del sistema multinivel al sistema de operación comercial?**

SR. LELIE: **En el estudio económico arrojaba que ese era más**

beneficioso para nosotros porque nosotros íbamos a quedar con el 90% de la remuneración pagada por el operador, o sea el tema es que si usted tiene 80 tiendas y facturar un promedio de 13 millones está hablando de una facturación de 1.000 millones y con unos costos fijos de 420 millones y de pronto... un poquito de la comisión un 5, un 10% al vendedor, se hablaba de unos costos de 500 millones, o sea para nosotros era un paso económico... además que es muy importante como es una operación directa nosotros vamos a... los puntos, pero nosotros ya habíamos hablado con la banca que ellos creían en el esquema propuesto, entonces ya nos habían dado el cupo para la adquisición de los locales directos, que los íbamos a comprar, **entonces imagínese que la operación era directa que, uno es más fácil de controlar, dos es más rentable y tres íbamos a tener una operación mucho más estable** en cuanto que íbamos a poder compartir arriendos en propiedad raíz, o sea por varios lados tenía sus beneficios. (Pág. 15) (Destaca el Tribunal).

En cuanto a si otros agentes pudieron continuar con el anterior esquema este testigo afirmó:

“DR. BEJARANO: Sabe usted si otros compañías actuaron como agentes bajo el esquema de operaciones comerciales?”

SR. LELIE: Cómo agentes?

DR. BEJARANO: Sí, como agentes en el esquema de operaciones comerciales.

SR. LELIE: Claro, los otros agentes, pero eso dependía mucho de cuánto invertía el agente en la apertura de puntos propios porque solamente cuando había la adecuación por parte de Telefónica, en esas tiendas se podía manejar el tema de las operaciones comerciales, eso había un agente que no invertía en nuevas tiendas, entonces no podían acceder a las operaciones comerciales, como había agentes que hacían...

DR. BEJARANO: Pero en conclusión hubo otros agentes que sí

funcionaron con el otro esquema o no los hubo?

SR. LELIE: *No hubo alguien que se... totalmente con el operador con el nuevo esquema, sino nosotros y los que trajo Juan Pedro del exterior.” (Pág. 20).*

Más adelante, compelido por el Tribunal para que fuera más preciso en las fechas, el testigo manifestó:

“DRA. LOZANO: En su exposición ha citado muchas fechas y es probable que yo misma incurra en la pregunta en alguna imprecisión, por lo cual desde ya le pido disculpas, usted habló de una reunión con Juan Pedro Araujo que tuvo la compañía de ustedes en enero/07, esa fecha es ya legalizado digamos el nuevo contrato y me imagino que ya funcionando bajo el nuevo esquema de operaciones comerciales, dijo, pero no se si se refiera a esa misma reunión, porque después habló de marzo/07, que la compañía volvió a hablar con el señor Araujo y aceptó abrir 80 puntos propios, fue en enero o marzo, no sé en cuál de las dos, o sea esos puntos propios de empezaron a abrir a partir de abril?

SR. LELIE: **A principios de abril, ahí inmediatamente después de la reunión de ratificación en marzo,** *inmediatamente pusimos en conocimiento de nuestra organización porque en enero/07 fue la primera reunión con Juan Pedro, privada... entonces en enero tuvimos la explicación a nivel privado con él, donde nos expuso todas las bondades y que esa era la política trazada y que el que se... se podía meter en operaciones comerciales y el que no se metía en el proyecto se quedaba por fuera y nosotros explicando de qué calidad de agente habíamos sido en el pasado y que definitivamente podíamos seguir siendo el aliado importante que siempre habíamos sido.*

Le dijimos que íbamos a ir a España aprovechando una invitación que... estuvimos 5 días allá, pero 3 días dedicados a la compañía de allá y en marzo a principios volvimos a hablar con Juan Pedro y ratificando lo que habíamos visto en España y ya haberlo visto en

función y los comentarios de algunos que ya llevaban años en el proceso con Telefónica, nosotros le ratificamos que definitivamente nos íbamos a comprometer a las inversiones que se requerían para la apertura de las tiendas directas como estipulaba la propuesta y el esquema." (Pág. 48). (Destaca el Tribunal).

En este pleito el agente ha reclamado que al momento de celebrar el contrato tuvo restringida su capacidad decisoria y no tuvo más opción que adherirse al negocio, en la medida que de no aceptar las imposiciones de **Telefónica** para contratar quedaría marginado de un negocio que constituía su objeto empresarial y que durante muchos años había explotado con el logro de importantes utilidades, por lo cual no tuvo más remedio que "someterse" para no desaparecer del mercado y no tener que desmontar la infraestructura comercial que lo había posicionado como uno de los mejores asociados de la convocada. Con el mismo argumento el agente ha manifestado que durante la ejecución del contrato también tuvo que someterse a las modificaciones que unilateral, inconsulta y abusivamente decidiera introducir **Telefónica** al mismo.

Al respecto el Tribunal considera pertinente resaltar que los contratos de agencia comercial excepcionalmente se celebran a término indefinido, pues normalmente, tal y como ocurrió en el caso de autos, las partes acatando el mandato del artículo 1320 del C. Co. establecen el intervalo de duración de las actividades del agente en interés del agenciado. Lo anterior quiere significar que **Cellmóvil** siempre debió tener en cuenta que sus actividades no necesariamente podrían perpetuarse, pues el Contrato C-0815-06, como en todos los demás celebrados entre las partes, siempre se estableció un término de duración, y no obstante que en algunos casos se presentaron prórrogas, ello no le permitía suponer que indefinidamente tendría la calidad de agente para adoptar una estructura comercial perenne. Más allá del plazo fijado en el contrato, era una cuestión aleatoria si se podrían continuar desarrollando las actividades de agenciamiento, pues ni una

ni otra parte estaban obligadas a prorrogarlo a su terminación, decisión propia de cada contratante que no requería motivación y de la cual no podía reclamarse responsabilidad o perjuicio alguno, pues precisamente ese es el objeto de la fijación del término contractual.

Por lo antes expuesto, el argumento de la convocante sobre su sometimiento a contratar no puede ser de recibo, pues cuando se le propuso un nuevo esquema de negocios tuvo la posibilidad de no aceptar y terminar su relación como agente de **Telefónica**, sin ningún efecto para las partes; además su cocontrante no tenía obligación con ella ni con ningún agente de mantener las condiciones negociales precedentes, menos aún cuando los anteriores contratos de agencia fueron terminados y liquidados. El Tribunal considera que por más que todos los contratos celebrados entre las partes en el fondo tuvieron un mismo objeto -la promoción de los productos y servicios del agenciado- cada uno estuvo dotado de particularidades que los hicieron diversos, es decir cada contrato fue diferente al anterior y así deben examinarse desde su formación, en la ejecución y su terminación.

Para concluir con este tema el Tribunal advierte que no encontró en el expediente ninguna prueba sobre reclamos o manifestaciones que la convocante hubiera formulado expresamente a **Telefónica**, previo o concomitante a la celebración del negocio, donde advirtiera sobre sus reservas o dudas en cuanto a la inconveniencia o inviabilidad de la adopción del esquema comercial propuesto; lo que ha quedado demostrado es que luego de los análisis y estudios que dice haber hecho **Cellmóvil**, ésta consideró conveniente y ajustado a sus intereses económicos participar en esta nueva experiencia comercial y por ello suscribió el contrato C-0815-06.

2.4. El Anexo 5. Manual de Operaciones Canal Agentes Comerciales.

Como se expuso anteriormente, dentro de los anexos del contrato

origen de la litis y que hacía parte integrante del mismo, estaba el “Anexo 5” denominado “Manual de Operaciones Canal Agentes Comerciales”, documento del cual, para la definición de la litis, es pertinente hacer una breve descripción.

Establece el preámbulo o encabezado que “Este manual es una guía básica, herramienta de consulta que facilita el buen desarrollo del contrato de agencia comercial, contiene las políticas que han de regir la relación comercial entre las partes” y a renglón seguido advierte “El presente documento no pretende reemplazar de forma parcial o total el contrato suscrito (...)” (se subraya).

Inicialmente se precisan en él los “REQUISITOS PARA SER AUTORIZADO COMO AGENTE COMERCIAL”, así:

El numeral 1. trata de la *Estructura Administrativa Mínima* que debían tener los agentes en cuanto a personal y herramientas tecnológicas.

El numeral 2. señala la *Estructura Operativa Mínima* que dice entre paréntesis aplicarse “Por regional para Agentes actuales y nuevos, (destaca el Tribunal) y establece:

- i. Puntos de venta mínimos propios o con subdistribuidor por regional: 30. (Destaca el Tribunal).
- ii. Vendedores productivos mínimos: 5
- iii. Total vendedores mínimos por regional: 150”

El siguiente capítulo se refiere a “PUNTOS DE VENTAS Y AUTORIZACIÓN DE NUEVOS PUNTOS”

En cuanto a las *Condiciones de un Punto de Venta* se precisa que debía ser exclusivo para la venta de productos de **Telefónica**, salvo autorización en contrario (numeral 1).

Sobre la *Ubicación de un punto de venta* se indica que la apertura de un punto se podrá realizar “siempre y cuando esté en el paquete de puntos previamente aprobado y entregado por parte de Telefónica Móviles, de acuerdo al mercado potencial, la densidad poblacional y la actividad comercial de la zona en la cual se requiera la apertura del punto de venta.

“El agente que desee solicitar la autorización de nuevos puntos de ventas o debe presentar su Plan de Negocio diligenciado en archivo adjunto (...)

“Todo agente deberá empezar su operación con un mínimo de 30 puntos abiertos, cada uno con 5 asesores productivos, es decir un total mínimo de 150. (...)” (numeral 2). (Subraya el Tribunal).

Se estableció que el aviso publicitario del punto de venta sería entregado en comodato por **Telefónica** y que la “instalación, pintura y decoración del punto estará a cargo del Agente que debe cumplir con el Manual de Imagen Corporativa” (numeral 3) (Subraya el Tribunal).

La *solicitud de apertura de punto* imponía el diligenciamiento de un formulario especial, luego de lo cual se haría una visita de inspección por el coordinador de ventas y verificados los requisitos se daría aprobación en 24 horas, y se asignaría un código al punto y socio a los 5 asesores (numeral 4).

Los puntos podrían modificarse, suspenderse o cancelarse en casos previamente contemplados (numeral 5).

Así también se estableció que el entrenamiento de los vendedores se realizaría en los términos estipulados en el contrato de agencia y se definió el perfil de los funcionarios que podían asistir a las capacitaciones para poder luego obtener su código de identificación (numeral 6.1.). De dicho código se dijo que era un requisito necesario para que el agente

radicara y legalizara nuevas conexiones, y que podría transferirse a su fuerza de ventas previo entrenamiento (numeral 6.2.).

También se estableció un procedimiento para el mantenimiento y actualización de los asesores y de los códigos de ventas, que incluía la modificación, suspensión, reactivación y cancelación (numeral 6.3.); y se indicó que era responsabilidad del agente controlar y mantener actualizada su *Red Comercial* a través de las herramientas que se publicaban en la página extranet de **Telefónica** (numeral 6.4.).

En un capítulo de *Políticas Generales* (numeral 7) se regularon aspectos relacionados con *prácticas comerciales éticas*, la *celebración de contratos con suscriptores* y lo referido al *suministro de equipos de demostración*. Se precisó que el servicio técnico especializado de mantenimiento sería prestado sólo por la agenciada. Así mismo ésta se comprometió a brindar entrenamiento al personal del agente, por una sola vez y un tiempo razonable, a menos que con anterioridad dicho agente hubiese actuado como intermediario de **Telefónica**. También se precisaron las obligaciones del agente en el manejo de información calificada como confidencial y, finalmente, las partes se comprometieron a cumplir con las regulaciones existentes para combatir el soborno.

Este *Manual de Operaciones*, como los demás anexos y al igual que el contrato, tiene como fecha 11 de diciembre de 2006, pero consta que el agente lo suscribió previamente el 17 de agosto de ese año. Un anexo con similar contenido aparece en la Cartilla o proforma del contrato de agencia de **Telefónica**, al que se hizo referencia anteriormente (páginas 41 y ss. de la cartilla), lo que demuestra la uniformidad de las políticas o regulaciones que direccionaron los contratos respecto de los agentes, en el sentido de que para todos rigió un marco contractual general, sin privilegios ni discriminación alguna.

2.5. El Anexo 1 – Condiciones de operación del Programa Operaciones Comerciales en Agentes

Al hecho 37 de la demanda se afirma que con la información obtenida, las proyecciones de **Telefónica** y análisis de los parámetros en que se estructuró el nuevo modelo comercial, aunado a las presiones de la agenciada, **Cellmóvil** se comprometió con la decisión de migrar de un esquema a otro, para lo cual las partes suscribieron un acuerdo modificatorio al contrato C-0815/06 que se denominó “ANEXO 1 – CONDICIONES DE OPERACIÓN DEL PROGRAMA OPERACIONES COMERCIALES EN AGENTES” ; dicho documento obra en copia a folios 408 a 411 del Cuaderno de Pruebas N° 10 y se describe así:

Inicialmente observa el Tribunal que las razones que alega la convocante como causa de suscripción del anexo no quedaron recogidas en su texto, y tampoco se advierte que se haya elevado pretensión alguna encaminada a restarle obligatoriedad a tal documento por adolecer de algún requisito formal o estar viciada su celebración; por lo tanto las razones que ya expuso el Tribunal sobre la vinculación a que están sometidas obligatoriamente las partes respecto de los actos a los que han concurrido voluntariamente a su celebración son también predicables para este Anexo 1, de donde resulta que su contenido es ley para las partes en los términos del artículo 1602 del C.C.

Se observa que este documento tiene como fecha el 11 de marzo de 2008, por corresponder a la fecha en que aparentemente fue suscrito por la representante de Telefónica, pues consta que el agente lo suscribió el 12 de febrero de 2008.

Ahora bien respecto de su contenido merecen destacarse los siguientes aspectos:

En el encabezado se señala que tal documento contiene “las condiciones, políticas y procedimientos que han de regir la relación”

comercial entre las partes para la ejecución del Programa "Operaciones Comerciales" en los establecimientos del Agente Comercial que hayan sido previamente autorizados por Telefónica Móviles". Y se agregó "El presente documento complementa y se adiciona al contrato" entre las partes (Subraya el Tribunal).

En la cláusula primera se estableció que las operaciones comerciales que se autorizaba gestionar al agente serían: "1.- Reposición y/o renovación de teléfonos y Sim Card GSM a GSM; 2.- Migraciones tecnológicas de TDMA – CDMA a GSM; 3.- Cambios de Plan: Postpago menor a Postpago mayor y de Prepagos a Postpagos con control y/o sin control; y 4.- Servicio Técnico Postventa.", operaciones que estarían disponibles cuando **Telefónica** se lo comunicara al agente. En la cláusula Segunda se definió en qué consistía cada una de tales operaciones.

En la cláusula Tercera se precisaron las *Condiciones para la ejecución del programa*, de acuerdo a lo cual el agente asumió una serie de compromisos en cuanto al personal, la permanencia de éste, la calidad del servicio y recursos tecnológicos, aspecto este último sobre el que se indicó: "El agente deberá dotar a estos puntos con los equipos de cómputo necesarios y Conexiones a Internet y mantenerlos durante la vigencia del contrato, con el fin de poder consultar la información requerida y para gestionar las operaciones comerciales mencionadas en el contrato (...)" y enseguida se relacionaron las exigencias de los computadores.

En la cláusula Cuarta se incluyó un capítulo referido a *Penalizaciones* para el caso de que se realizaran operaciones o transacciones realizadas con los códigos del agente que le pudieran generar pérdidas a **Telefónica**. Así mismo se estableció un procedimiento para el caso de no cumplimiento de los indicadores establecidos para dichas operaciones comerciales.

Por último se estableció el correo electrónico como medio para el envío de comunicaciones al Agente.

2.6. El Anexo 9 – Condiciones del Programa Gestión y Atención a Clientes Canal Presencial.

Relacionado con el Anexo 1 mencionado antes, las partes suscribieron el 17 de septiembre de 2008 un complemento al contrato que denominaron “Anexo 9 – condiciones del programa ‘Gestión y atención a clientes Canal Presencial’”, el cual obra a folios 420 a 422 del Cuaderno de Pruebas N° 10.

En la cláusula Primera sobre el “Alcance de las operaciones a ser desarrolladas” se estableció que “El programa objeto del presente Anexo será implementado y desarrollado en puntos propios del Agente que cuente con las características de diseño e imagen definido por Telefónica Móviles en relación con el uso y atributos de su marca comercial (...)” (Subraya el Tribunal), y se indicó que el punto del agente debería contar con conexión a Internet como mínimo de 2 Megas, bodega, línea de fax y un área mínima disponible de gestión y atención de clientes de 30 Mts².

Enseguida se relacionaron los compromisos que asumía el agente, así:

- a) “Disponer el espacio físico en forma libre para la ubicación del personal de atención de servicios directo o con quien Telefónica Móviles tenga contratado este servicio de atención.
- b) *Mantener el punto en condición óptima de servicio al público.*
- c) Ajustarse a las políticas y procedimientos de Telefónica Móviles.
- d) *Cumplir los horarios de atención el público que establezca Telefónica Móviles.*
- e) *Avisar a Telefónica Móviles con un plazo mínimo de cuarenta y cinco (45) días, el cierre de uno de los puntos del Agente (...).*

- f) Disponer del inventario de teléfonos y sim cards requeridos para realizar todas las operaciones de Reno & Repo, Migraciones y cambios de sim.
- g) *Garantizar la vigilancia del punto autorizado (...)*

En la cláusula Segunda se indicó que “En los puntos que Telefónica Móviles haya evaluado y autorizado la implementación y ejecución del programa, se procederá así”:

- (i) *Se trasladarán asesores de servicio a los puntos de venta definidos por Telefónica Móviles*
- (ii) *Los asesores de servicio continuarán realizando las transacciones bajo el nombre de Telefónica Móviles y bajo las condiciones de remuneración previstas por ésta, utilizando para dichas transacciones el inventario de teléfonos y sim card que el Agente se compromete a poner a su disposición.*
- (iii) *El agente percibirá comisiones por las operaciones comerciales que realicen los asesores de servicio, correspondientes a” i) Reposición y/o Renovación de Teléfonos (...), ii) Migraciones Tecnológicas (...); iii) Cambios de Plan (...); y iv) Servicio Técnico Postventa.*

Se advirtió que tales operaciones estarían disponibles en la medida en que **Telefónica** lo comunicara al agente y su ejecución tendría que hacerse “con la aplicación de las políticas, procedimientos y controles” que ésta estableciera. También se advirtió que la agenciada podría en cualquier momento “dar aviso sobre la finalización de este programa respecto de cualquier punto de venta o de la totalidad del servicio, dando un preaviso con treinta (30) días de anticipación, sin que por ese hecho se deba pagar o reconocer indemnización o multa alguna” (subraya el Tribunal).

En la cláusula Tercera se precisó que en la medida en que ambas partes recibirían beneficios mutuos, el agente no podría reclamar “el

reconocimiento de suma alguna por los espacios concedidos en su punto”.

En la cláusula Cuarta se estableció que Telefónica suministraría al agente claves de acceso a diferentes herramientas que debían administrarse de forma personal e intransferible.

En la cláusula Quinta se indicó que para el cumplimiento de las materias operativas de dicho acuerdo el agente designaría un Coordinador que sería el responsable de la relación formal con Telefónica y de la vigilancia, cuidado y conservación del inventario de los teléfonos bajo custodia en su punto de venta, así como de los muebles y equipos trasladados allí. Así también se advirtió que el agente sería el único responsable por daños y pérdidas de teléfonos, como también de los perjuicios que se causaran a terceros.

Consideraciones:

Los documentos que acaban de relacionarse: el contrato y sus anexos, en especial los anexos 5, 1 y 9, contienen el marco contractual de referencia al que debe remitirse el Tribunal para comprobar si las obligaciones particulares que se dice haber contraído **Telefónica** en el esquema de *Operaciones Comerciales en Agentes* fueron incumplidas por ésta, a lo que se procederá enseguida.

2.7. Sobre el momento en que empezaron las operaciones comerciales en agentes.

Como quedó dicho anteriormente el contrato C-0815-06 entró en vigencia el 1º de octubre de 2006; sin embargo, el esquema comercial de *Operaciones Comerciales en Agentes* no entró en operación inmediatamente, lo que se puede deducir de los siguientes hechos:

En la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos a

cargo de la convocada se entregaron, entre otros, copia de los comunicados de carácter general enviados por **Telefónica** durante los años 2006 a 2009 a sus agentes, mediante los cuales les informaba sobre distintos temas que regían el día a día de la relación comercial, tales como promociones de equipos, solicitud de informes, modificación de precios de equipos, recargas, incentivos, concursos, estrategias comerciales, procedimientos, lanzamientos de campañas publicitarias, las carpetas comerciales que regirían en adelante, entre otros. Dentro de los comunicados en cuestión que circulaban por la Extranet y los correos de la agenciada también se pueden observar varios que tienen que ver con el tema de las *Operaciones Comerciales en Agentes*, dentro de las cuales se pueden destacar las siguientes:

6 de febrero de 2007:

“Próximamente será liberado el proceso de Operaciones Comerciales en los puntos directos de Agentes, proceso para el cual es necesario tener creada la bodega en nuestro sistema SCL a fin de poder distribuir las Tarjetas SIM y teléfonos y controlar las salidas de los mismos. Se adjunta la relación de los puntos para lo cual le solicitamos:

- *Confirmar sobre el archivo a cuáles puntos se les creará la bodega y enviarlo por este mismo medio a más tardar el jueves 8 de febrero.*
- *Para los puntos que se confirma la creación de la bodega, se deberá adelantar el proceso de creación bajo el procedimiento establecido en la Extranet. Esta solicitud debe igualmente estar a más tardar el jueves 8 de febrero.*

De no recibir esta confirmación y el proceso asociado a la misma en la fecha indicada, entenderemos que el Agente Comercial no está interesado en llevar a cabo estas operaciones comerciales en estos puntos y como tal no harán parte de esta nueva estrategia.

(...)” (folio 450 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 8)

Así mismo se observa a folio 440 vuelto un comunicado de 15 de febrero de 2007 que dice:

“siguiendo con nuestro trabajo de afrontar los retos que nos esperan y nuestro compromiso con ustedes, en desarrollar programas que nos ayudan a dar mejor servicio, nos sentimos orgullosos de poder presentar:

Operaciones Comerciales en Agente”

Haciendo posible una gestión más eficaz y permitiendo que puedan desarrollarse como empresa” (folio 449 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 8).

Con fecha 22 de febrero de 2007 aparece otro comunicado sobre Operaciones Comerciales, el cual anuncia el envío de cuatro anexos, un *check list* de los aspectos que serían verificados en la *Visita Comercial Regional*, *Script de atención* a los clientes, *Operaciones Comerciales paso a paso* referida a los servicios que se prestarían, un instructivo *aplicativo ayúdame a migrar – Repo-Reno* y uno de *Políticas del proceso*. (f folio 448 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 8).

Con fecha 28 de febrero de 2007 aparece un comunicado en el que respecto de las *Operaciones Comerciales en Agentes* se indica la *Nueva Política de Migración Prepago*, el valor de la *cláusula de permanencia mínima* y el procedimiento para el pago de recaudos de las *Operaciones Comerciales* (folio 447 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 8).

También obra comunicado de 20 de diciembre de 2007 que dice:

“¡Tu harás partes de Operaciones Comerciales

A partir del 14 de enero de 2008 iniciaremos Operaciones Comerciales

Contarás con:

- *Una herramienta en ambiente web*
- *La capacitación necesaria para realizar con éxito tus Operaciones Comerciales"*

Enseguida se relacionan los requerimientos tecnológicos y operativos y se invita a los agentes a revisar en archivo adjunto los puntos autorizados para realizar esas operaciones (folio 413 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 8).

De 30 de enero de 2008 aparece un comunicado que invita a los agentes, a partir del 1° de febrero, a poner a prueba sus conocimientos en Operaciones Comerciales (folio 408 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 8).

De 14 de abril de 2008 obra un comunicado que hace referencia al envío de un *acta en comodato* sobre los puntos *intervenidos* por **Telefónica** de los agentes y los invita a revisarla y devolverla firmada. (folio 402, Cuaderno de Pruebas N° 8).

Todos estos comunicados son de carácter general y demuestran que la implementación del esquema de Operaciones Comerciales en Agentes requirió de la realización de diferentes tareas para ajustarse al modelo, tanto por **Telefónica** como por los agentes.

Así mismo, tal hecho se puede deducir de las declaraciones recibidas por el Tribunal; así por ejemplo el representante legal de la convocante en el interrogatorio de parte manifestó:

"DR. SÁCHICA: Pregunta No. 7. Informe al Tribunal cuánto tiempo transcurrió entre el momento en que usted suscribió el contrato 815 06 y el momento en que usted dio inicio al esquema de operaciones comerciales en agentes?"

SR. TORRES: Exactamente transcurrió, primero el contrato yo lo firmé en agosto/06, ustedes lo firmaron en diciembre/06 y las operaciones comerciales iniciaron en marzo/08."

No obstante que el contrato de agencia C-0815-06 celebrado para desarrollar las *Operaciones Comerciales en Agentes* entró en vigencia el 1º de octubre de 2006, de acuerdo a la información que el Tribunal acaba de relacionar, se puede concluir que éstas empezaron a ejecutarse sólo a partir de marzo de 2008, lo que permite suponer que mientras el agente iba haciendo las adecuaciones locativas y tecnológicas para prestar los servicios materia de dicho esquema comercial, éste continuó con su labor de promoción y venta de los demás productos del agenciado, es decir que su actividad no se paralizó mientras se implementó el esquema de negocios propuesto desde la firma del contrato, no de otra manera se pueden explicar los volúmenes de ventas que hizo **Cellmóvil** en ese interregno.

2.8. La adecuación de las tiendas de Cellmóvil por parte de Telefónica.

Como se indicó anteriormente, en la pretensión 2.2. se pide declarar que en virtud del contrato C-0815-06 **Telefónica** adquirió la obligación de "*Adecuar las tiendas o establecimientos de comercio que dispuso CELLMÓVIL para acogerse al nuevo esquema comercial denominado 'operaciones comerciales en agentes'*"

El Tribunal considera necesario precisar en este punto que el esquema de promoción y ventas que utilizó el agente en vigencia de los contratos que regularon su relación comercial con **Telefónica**, antes de suscribir el C-0815-06, y que aquél denomina como "*multinivel*", no puede catalogarse como tal, pues su examen permite deducir es que era un esquema de distribución a gran escala donde **Cellmóvil** se valía principalmente de terceros distribuidores y subdistribuidores, quienes actuaban como trabajadores autónomos o *freelance*, lo que no le exigía al agente tener mayor infraestructura operativa ni tecnológica ni contar con una numerosa planta de personal, pero así mismo tal esquema no le permitía obtener una participación significativa en el monto de las comisiones que le pagaba la agenciada por la promoción

y venta de sus productos, pues en esa cadena de subdistribución debía repartir las comisiones con los distribuidores y subdistribuidores. Dicho esquema, según lo reconocen ambas partes, le permitió al agente hacer un significativo volumen de ventas en una etapa del negocio donde lo que importaba era la penetración al mercado nacional de la telefonía celular y la masificación de su uso.

Mientras tanto, el esquema comercial sobre el que se estructuró el contrato C-0815-06 le exigía al agente tener puntos propios para la prestación de servicios a nombre de la agenciada que antes sólo se cumplían en los CVS de ésta. Es fácil suponer que este esquema de negocios le exigía a **Cellmóvil** hacer inversiones para la toma, adecuación y mantenimiento de locales, así como para la contratación y capacitación de personal propio con el cual prestar esos servicios. Como contraprestación, el agente se beneficiaría por un lado con una mayor participación en las comisiones por ventas al acabar con la cadena de repartición y, por otro lado, con el pago de comisiones sobre las operaciones comerciales que ahora le autorizaba prestar **Telefónica**. Este esquema de negocios buscaba ya no la masificación de los productos sino la fidelización o conservación de los usuarios, al suministrar a éstos mayor número de lugares donde poder realizar las operaciones complementarias a la adquisición y activación de planes y equipos.

Dentro de este esquema comercial implementado con el contrato C-0815-06 es que la convocante ha sostenido que **Telefónica** tenía la obligación de adecuar las tiendas propias del agente. Para resolver esta pretensión el Tribunal, como se vio atrás, ha examinado no sólo el texto del contrato sino también los varios anexos que lo complementan y en ellos no encuentra respaldo a la pretensión de la convocante; por el contrario son varias las estipulaciones que sitúan en cabeza de **Cellmóvil** la obligación de montar y adecuar los puntos propios donde pretendiera desarrollar las Operaciones Comerciales.

Así, por ejemplo, la cláusula 2.2. del contrato que se examinó atrás señala que:

*El agente asumirá el encargo de manera estable durante el término de vigencia del contrato, como sociedad comercial independiente, con su propia organización y elementos, con plena autonomía directiva administrativa y técnica, y asumirá por sí mismo todos los riesgos naturales de su propia empresa mercantil. Específicamente **el Agente asumirá todos los costes derivados de la apertura, mantenimiento y eventual cierre de establecimientos donde se promueva la comercialización de Productos y Servicios**. Por consiguiente el Agente declara y acepta que, en virtud de este contrato, Telefónica Móviles no le garantiza la obtención de utilidades o ventajas de otra especie, distintas de la remuneración pactada, siempre que se cumplan las condiciones para que esta se cause.” (Subraya el Tribunal).*

Complementando lo dicho, el numeral 3.11 del contrato, en cuanto a los establecimientos del agente, precisa:

*“La actividad del agente se circunscribirá a los lugares y a los locales respecto de los cuales el Agente cuente con la previa aprobación de Telefónica Móviles. (...) En los casos en que el Local sea arrendado por el Agente, éste se compromete a cumplir cabalmente con las estipulaciones contenidas en el contrato de arrendamiento del Local, especialmente en lo que se refiere al pago de los cánones y al pago de las tarifas de los servicios públicos conexos requeridos para el funcionamiento del Local. **Todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento o de la propiedad del local son de la exclusiva responsabilidad del Agente.**”*

El Agente deberá mantener intachable y en perfecto estado la Imagen del Local observando las directrices y políticas comerciales de Telefónica (...).” (Destaca el Tribunal).

Así mismo, la cláusula 4.11 del contrato, refiriéndose a los recursos tecnológicos, señala que: **“El Agente declara que cuenta con todos los recursos necesarios para la ejecución del presente contrato”**.

En igual sentido, la cláusula Sexta, relativa a gastos, dispone que:

“El agente dará cumplimiento a su encargo sin provisión de fondos por parte de Telefónica Móviles, pues todos los gastos y expensas en que aquel pudiera incurrir por la ejecución del presente contrato y el desarrollo de su objeto social se consideran comprendidos dentro de la remuneración pactada. Por consiguiente, Telefónica Móviles no estará obligada a pagar o rembolsar suma alguna por concepto de dichos gastos o expensas” (Destaca el Tribunal).

En la cláusula Séptima se señala que los bienes que llegare a suministrar **Telefónica** para la ejecución del contrato se entregarían a título de comodato.

Como se puede apreciar, el contrato de manera expresa, clara y contundente determinó que la apertura, mantenimiento y eventual cierre de los locales corresponden a una responsabilidad del agente, no de **Telefónica**.

Toda vez que era posible desarrollar la agencia en locales propios o arrendados, las obligaciones que se derivaran del arrendamiento de esos locales era responsabilidad sólo de **Cellmóvil**.

Destaca igualmente el Tribunal que el agente declaró que asumiría *“todos los costes derivados de la apertura, mantenimiento y eventual cierre de establecimientos”* y, además, que contaba con los recursos para cumplir el encargo comercial, el cual debía ejecutarse sin provisión de fondos de la agenciada.

Por último, se encuentra que se previó la posibilidad de que **Telefónica** entregara bienes para facilitar la ejecución del encargo, pero no se

especificó a cuáles se refería, se supone que se trata de los productos de demostración, papelería y algún mobiliario que se suministraban en comodato.

Ahora bien, en el Anexo 5, *Manual de Operaciones Canal Agentes Comerciales*, se establecieron como requisitos para ser autorizado como agente comercial, en lo que se refiere a puntos de venta, que todo agente debía empezar operación con un mínimo de 30 puntos abiertos y su apertura dependía de la aprobación de la agenciada, para lo cual se imponía la presentación para su aprobación de un *Plan de Negocios*.

En el numeral 3) aparece por primera vez la consagración de obligaciones precisas de las partes referidas a la adecuación de los locales; en él **Telefónica** se obligó a suministrar “el aviso del punto de venta” y, por su parte, **Cellmóvil** se comprometió a “la instalación, pintura y decoración del punto”.

De otra parte, del examen que se hizo anteriormente del Anexo 1, *Condiciones de Operación del programa Operaciones Comerciales en Agentes*, no se evidencia que **Telefónica** haya adquirido algún compromiso en la adecuación de los puntos de venta del agente, por el contrario, lo que consta es que fue éste quien adquirió la obligación de dotar sus puntos de venta con equipos y software determinados.

Tampoco en el Anexo 9 “*Condiciones de Operación del programa ‘Gestión y atención a Clientes Canal Presencial’*” se consagró ninguna obligación de **Telefónica** respecto de la adecuación de los puntos de venta, pues allí lo que se hizo fue reiterar las condiciones que debía cumplir el punto del agente (conexión a Internet, bodega, fax y área de 30M2).

En el dictamen pericial rendido en el proceso por la Contadora Ana Matilde Cepeda, en lo que se refiere a este tema, en la pregunta 3.9. la parte convocante le solicitó a la perito determinar “si el estudio

contratado por Telefónica Móviles Colombia S.A. a Oliver Wyman, para la implementación en Colombia del esquema comercial denominado “operaciones comerciales en agentes incluía lo siguiente:

(...)

3.9.2. Determinará los compromisos que debía asumir la agenciada frente al agente en materia de adecuación de tiendas; y los tiempos en que dichas adecuaciones deberían ser ejecutadas”

Al respecto la perito respondió:

“La información en la hoja titulada R PN y etiquetas en pie de página: SIMULACIONES MOVISTAR NUEVO ESQUEMA – Ariel v2 – Mercer Management Consulting – a folios 00026 (779) del expediente, Cuaderno No. 3 Anexo No. 27, para la productividad estimada de los años 2008 y 2009, **no señala los compromisos que debía asumir la agenciada frente al agente en materia de adecuación de tiendas; y los tiempos en que dichas adecuaciones deberían ser ejecutadas** (destaca el Tribunal).

Advierte el Tribunal que dicha respuesta no fue aclarada, complementada ni mucho menos objetada, y que en dicho dictamen no se incluyó ninguna otra pregunta relativa a la adecuación de las tiendas.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, la pretensión 2.2. de la demanda estaría llamada al fracaso.

Hay que añadir que del examen de otras pruebas que reposan en el expediente, el Tribunal ha podido encontrar que **Telefónica** entregó recursos materiales y económicos al agente para el montaje de los puntos de venta propios, por lo que corresponde establecer a qué título fueron entregados esos aportes.

Dentro de los documentos proporcionados por la parte convocada en

desarrollo de la inspección judicial con exhibición de documentos a su cargo, obra la comunicación ACE-02-2006 de mayo 26 de 2007 de **Telefónica** a **Cellmóvil** en la que anuncia la entrega de un “Apoyo Comercial - Acuerdo Comercial” por una sola vez, destinado a “estimular la actividad comercial enfocada en un Plan de Crecimiento de capilaridad cuya finalidad última es la de alinear la política comercial del Agente con la de Telefónica Móviles, considerando las características del propio agente”.

Luego se establecen en la comunicación las condiciones para el pago del apoyo y se señala que “Se causara el reconocimiento del apoyo, a título de cooperación comercial y publicitaria (COOP), sólo si el agente cumple todas y cada una de las siguientes condiciones”

Y enseguida se relacionan como tales el cumplimiento de apertura de un punto de venta específico en la ciudad de Tuluá, y unas obligaciones especiales como la apertura de la tienda en vigencia del acuerdo, que el punto sea propio, esté certificado y activo por lo menos durante 12 meses, la capacitación de los asesores, “a disponer de todos los elementos e infraestructuras necesarias para el correcto cumplimiento del manual de imagen”, a cumplir los objetivos comerciales, entre otros.

El valor del apoyo económico que se entregaría en ese caso era de \$28'365.700 “para adecuar el local a nivel en cuanto a imagen”.

A continuación se expuso que para obtener el pago debía certificarse que el punto era propio, luego de lo cual se aplicaría el valor a entregar, el cual debería reembolsarse si el punto se cerraba antes de 12 meses.

Se advirtió así mismo que la adecuación de los locales solo se realizaría “una vez el agente haya pagado el valor recibido por parte de Telefónica Móviles Colombia S.A. con motivo del presente acuerdo al proveedor Morphosis S.A. acordado entre las partes”.

Además de otras condiciones para su causación y pago se estableció:

*“Este apoyo económico se entrega a título de cooperación comercial y publicitaria (COOP), **como contribución, a su entera voluntad** y en las condiciones acá previstas, con el costo del Plan de crecimiento de capilaridad efectivamente realizado por el Agente. En ningún caso esa contribución que Telefónica Móviles llegare a efectuar podrán (n) entenderse como factor de remuneración de la actividad desplegada por el Agente, motivo por el cual, sobre la misma no se causa la prestación mercantil especial prevista en el contrato”* (Destaca el Tribunal), (folios 75 a 78 Cuaderno de Pruebas N° 8).

Así también, con comunicación de 7 de junio de 2007 el Director de Operaciones Comerciales de **Telefónica** informa al agente sobre la entrega de un apoyo económico para la adecuación de imagen publicitaria en tres puntos de venta por \$76'352.100 (folio 248, Cuaderno de Pruebas N° 9)

En igual sentido obra comunicación de 8 de abril de 2008, en el que **Telefónica** informa del otorgamiento de un apoyo económico, bajo las mismas condiciones y requisitos contemplados en la comunicación antes referenciada, esta vez por \$300.000.000 que se pagarían entre los meses de abril a septiembre de 2008 (folios 98 y 99 Cuaderno de Pruebas N° 8).

Así mismo, obra el documento ACEAC-01-04-2008 de 13 de mayo de 2008, suscrito por ambas partes, en el que como asunto “Alcance acuerdo especial ACEAC-01-03-2008”, se expone:

*“En desarrollo del Acuerdo de la referencia, Telefónica Móviles Colombia S.A. (en adelante Telefónica Móviles) y la sociedad que usted representa, han verificado que (i) respecto de los **62 puntos** se cumple con el requisito de uso de imagen acorde a las políticas del área de trade, así como en su operación comercial; y (ii) Telefónica Móviles ya ha desembolsado el primer 50% del apoyo económico, el*

cual, el Agente declara haberlo recibido a satisfacción, por ello acuerdan:

Efectuar en una sola cuota el desembolso del apoyo económico del 50% restante, esto es, la suma de trescientos millones de pesos (\$300.000.000) moneda legal colombiana, previa presentación de la correspondiente factura, y una vez firmado el presente documento" (destaca el Tribunal), (folio 82, Cuaderno de Pruebas N° 8).

Obra igualmente comunicación de 17 de junio de 2008 de **Telefónica** a **Cellmóvil**, en la que se establece un acuerdo especial según el cual las partes *"han acordado la condiciones bajo las cuales Telefónica Móviles entregará al Agente un apoyo económico a título de cooperación comercial y publicitaria (COOP), destinado a estimular la actividad comercial enfocada en un Plan de Crecimiento de capilaridad cuya finalidad última es la de alinear la política comercial del Agente con la de Telefónica Móviles, considerando las características del propio agente"* (subraya el Tribunal).

Y enseguida se advierte que el apoyo económico sólo se reconocería si el agente cumplía con las variables convenidas, a saber:

"Por el proceso de implantación y desarrollo de la operación que consiste en el sostenimiento y productividad de sesenta y dos (62) puntos de venta propios a nivel nacional y como aporte para cubrir gastos y costos propios en que debe incurrir el Agente en este proceso (...)"

Luego de lo cual se anuncia el otorgamiento de un apoyo económico de \$960.000.000 pagaderos por cuotas de \$160.000.000 mensuales desde julio a diciembre de 2008.

Igualmente se establecen unas condiciones para el desembolso de ese apoyo y los casos para su eventual reintegro y se hace un acuerdo de confidencialidad.

También quedó expresamente consignado que ese apoyo se entregaba:

“por una sola vez, a título de cooperación comercial y publicitaria (COOP), como contribución de Telefónica Móviles a su entera voluntad y en las condiciones acá previstas, para cubrir gastos y costos que conlleve este proceso de implantación y desarrollo de la operación que consiste en el sostenimiento y productividad de sesenta y dos (62) puntos de venta propios a nivel nacional, que debe ser efectivamente realizado por el Agente. En ningún caso esa contribución que Telefónica Móviles llegará a efectuar podrán (n) entenderse como factor de remuneración de la actividad desplegada por el Agente, motivo por el cual, sobre la misma no se causa la prestación mercantil especial prevista en el contrato” (subraya el Tribunal).

De otra parte, y en lo que se refiere a la entrega de aportes materiales, obra comunicación de 11 de noviembre de 2008 que anuncia el envío de los siguientes documentos:

“a) Actas de entrega de los locales que Telefónica Móviles Colombia S.A. ha intervenido; en las cuales se encuentra discriminado el mobiliario que ha sido instalado, con el detalle de los valores unitarios y su valor total. El valor de la obra civil antes mencionada tuvo un costo unitario por valor de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000) moneda legal colombiana.

b) Acta de bienes dados en Comodato que fueron entregados, para su revisión y firma, que deberá ser entregado a Telefónica Móviles Colombia S.A. una vez firmado por su Representante Legal (...).”

En el Acta de Bienes entregados en Comodato que se anexó, se relacionó básicamente un mobiliario descrito por referencia, cantidad, valor unitario y valor total. Tal relación suma aproximadamente \$695 Millones.

Se relacionaron así mismo 41 puntos que Telefónica había intervenido en distintas ciudades y se aportaron actas de entrega de diferentes fechas, algunas de enero, febrero, marzo, junio, noviembre y diciembre de 2007, otras de 2008 y unas más sin fecha (folios 528 a 594 Cuaderno de Pruebas N° 8).

Comparada la fecha de este documento con otras pruebas que obran en el expediente, el Tribunal considera que lo que se hizo con él fue formalizar la entrega por parte de **Telefónica** de una serie de bienes para el desarrollo de las labores del agente, pero no se puede entender que sólo hasta esa fecha, 11 de noviembre de 2008, fue que se inició la ejecución del esquema de Operaciones Comerciales en Agentes, pues éste se había iniciado desde mucho antes.

En ese sentido obra otra comunicación incompleta de 11 de enero de 2008 que dice acompañar actas de entrega de bienes en comodato y de locales que Telefónica había intervenido (folio 251 y 252, Cuaderno de Pruebas N° 1).

Conforme al análisis probatorio que se ha hecho en este aparte, el Tribunal considera que contractualmente **Telefónica** no contrajo obligación distinta de la de hacer la adecuación publicitaria de los puntos de venta propios de **Cellmóvil** a la imagen definida por ella y que, más sin embargo, por mera liberalidad suya, entregó apoyos económicos al agente para estimular su actividad comercial enfocada en un Plan de Crecimiento, cuya finalidad era la de *“alinearse la política comercial del Agente con la de Telefónica”*. En tal sentido se resolverá la pretensión 2.2. de la demanda.

Ahora bien, para resolver la pretensión 4.2. consecencial de la demanda, el Tribunal tiene en cuenta que se aportaron por **Cellmóvil** copia de varios de los contratos de arrendamiento de locales que celebró en ciudades como Cali, Medellín, Armenia, Manizales, Pereira, Jamundí, Tuluá, Buga, Roldanillo y Popayán, entre otros, para montar o

establecer puntos propios de atención y venta; algunos datan o son anteriores a la suscripción del contrato C-0815-06 e incluso hay uno del año 2000 y es de suponer que se refieren a contratos celebrados para atender sus obligaciones en vigencia de los anteriores contratos y que fueron renovados; hay muchos del año 2007 y unos cuantos del año 2008, incluso de diciembre de ese año.

También se aportaron con la demanda comunicaciones que por correo electrónico se cruzaron las partes (folios 206 a 222 Cuaderno de Pruebas N° 1) en varias de las cuales **Cellmóvil** requiere a la agenciada por la intervención tardía de los locales, toda vez que ya había tomado en arriendo algunos locales y no se habían empezado a ejecutar los trabajos que le correspondían a ésta. En otros correos **Telefónica** informa sobre algunos problemas de presupuesto, demoras con los proveedores y en otros informa sobre el cronograma de entrega de los puntos que en determinado momento se estaban interviniendo. Así mismo, advierte la agenciada de algunos puntos que se habían abierto sin tener su autorización previa.

Sobre los compromisos de la convocada en la adecuación de los puntos de venta propios del agente, la señora Sandra Marcela Molano Beltrán, quien fuera gerente de punto de venta nacional de **Telefónica**, declaró ante el Tribunal:

“DR. FLOREZ: Esos puntos de venta que entiende el Tribunal requerían de un local, para su arreglo, para su adecuación había alguna intervención y en qué medida de Telefónica?”

SRA. MOLANO: Eso no ha sido, digamos no se hace, pero sí hubo un proyecto en el 2006, 2007 y unos meses de 2008 en los que se adecuaban algunos puntos de venta de algunos agentes comerciales, adecuaba era que podía tener un alcance en obra civil o un alcance en mobiliario y dependía básicamente del presupuesto que tuviéramos, de la ubicación de los locales, de las aprobaciones de las regionales que lo hacía era que nos hacía

llegar a mi área que es área de soporte el listado de los locales que debían ser adecuados.

DR. FLOREZ: De su conocimiento en los puntos de venta de Cellmóvil el mobiliario y la adecuación que usted conoció a quién correspondió?

SRA. MOLANO: Me acuerdo que... de común acuerdo en el cual ellos hacían la obra civil de los locales que abrían y Movistar le asignaba un mobiliario a los locales siempre y cuando tuvieran el visto bueno de las regionales, por ejemplo al... un cupo de 20 locales en el mes, 15 ó 10 dependiendo del presupuesto en el mes, dentro de ese listado que la regional nos pasaba podían estar uno de los puntos de Alianza y Alianza debía hacer la obra civil y nosotros entrábamos a asignar el mobiliario y el aviso". (pág. 66).

Y más adelante, esta testigo respondió al apoderado de la convocante:

DR. BEJARANO: Usted sabe si Telefónica para los años 2006, 2007 asumió un compromiso de adecuar todos los locales para las tiendas propias de la parte convocante en este proceso Alianza Cellmóvil?

SRA. MOLANO: Si hubo mutuo acuerdo escrito?

DR. BEJARANO: No, escrito no, un compromiso de un acuerdo del total de esos locales?

SRA. MOLANO: Sí, yo la orden que tuve era todos los locales de Alianza que vinieran con el visto bueno de la regional en todo el proceso, se le iba a adecuar el mobiliario.

DR. BEJARANO: Usted recuerda algún local que hubiera escogido Alianza Cellmóvil y que hubiera sido aprobado por Telefónica a quien no se le hayan realizado las adecuaciones de muebles y demás?

SRA. MOLANO: No, no recuerdo.

DR. BEJARANO: *Usted recuerda si Telefónica se negó a suministrar adecuaciones a locales de Alianza Cellmóvil en alguna oportunidad?*

SRA. MOLANO: *Digamos que se le negara sobre un local aprobado no lo recuerdo, lo que sí pudo haber pasado es que un local presentado por Alianza no fuera aprobado para su adecuación, sí pudo pasar."*

En lo que se refiere a los tiempos en que debían ejecutarse las obras, esta misma testigo dijo:

"DR. SACHICA: (...) Usted le estaba narrando al Tribunal acerca de cómo era que se manejaban los tiempos para hacer las adecuaciones de los locales de los agentes comerciales, estaba narrando que se presentaban inconvenientes, que en otros casos los agentes comerciales pedían adelantar, pero que siempre se manejaba dentro de un rango era la última expresión que estaba utilizando, a qué se refiere rango o a qué se refiere usted cuando menciona dentro de un rango?"

SRA. MOLANO: *Un rango básicamente era para cada local era diferente, no podíamos decir un local se demora 3 días, no, dábamos un rango que no recuerdo bien en esa época de 2007 sobre todo, pero hablamos de 2 semanas de tiempo desde el momento en que entrábamos a... con el proveedor hasta que salíamos, podía ser que salíamos al otro día porque la adecuación podía ser muy sencilla, pero tuvimos locales que duraron hasta 15 días, o sea... cumplimiento de fechas con las regionales básicamente hablamos de un rango de 15 días para que pudieran proveer que durante ese tiempo la actividad comercial de ellos tenía que resolverse de esa manera.*

DR. SACHICA: *Esa información de esos rangos que usted manejaba con los comerciales, sabe o conoce si se le hacía conocer al*

agente comercial que tenía expectativa frente a esa obra o no?

SRA. MOLANO: Esperaba que sí, la solicitud que nosotros les hacíamos a las regionales es que se les comunicara precisamente para evitar que los agentes enloquecieran a los proveedores, el agente era el que tenía el contacto del local y el proveedor era quien lo llamaba para que el proveedor también se comprometiera con el agente comercial con ninguna fecha y perdiéramos ese control, era que lo manejábamos dentro del canal oficial, al agente le decíamos entramos el 1º y lo entregamos el 15, pero esa era la... del agente comercial para evitar lo que le digo que hubiera compromisos distintos del agente con el proveedor o que el agente... a nosotros, se presentaban casos en que nos llamaban sí, pero era más excepción que regla." (pág. 77)

La última declaración que acaba de citarse, confrontada con otras pruebas del expediente, le permiten al Tribunal deducir que si bien contractualmente **Telefónica** no se obligó para con el agente a hacer adecuaciones locativas, en ejecución del contrato consensualmente sí adquirió el compromiso de realizar determinadas obras civiles en los locales que le pusiera a disposición el agente, a fin de que tuvieran una imagen publicitaria ajustada al estándar definido por ella, en cuanto al color de la pintura de sus paredes, logos marcarios, diseño del mobiliario, entre otros; así mismo la agenciada también debía proveer a **Cellmóvil** de muebles y equipos de demostración.

De la etapa final del proceso merece citarse el correo de 15 de febrero de 2008 de J.W. Lelie a **Telefónica** sobre estado de puntos:

"Todos los pdv's están intervenidos por su mobiliario, 60 hay.

Estamos haciendo la orden de compra de los uniformes (75 millones de pesos)!

Tengo solo 22 pdv's con el certificado digital instalados x ustedes.

Solo hay 22 asesores capacitados de los 140 que tenemos

Crucemos información y cooperemos todo para organizar la estructura tal cual necesitamos para lograr los objetivos" (folio 233

Cuaderno de Pruebas N° 1)

Del examen de los correos cruzados entre las partes sobre el tema, el Tribunal puede inferir que respecto de algunos locales no cabe duda que se presentaron inconvenientes de tipo administrativo, técnico y logístico, así como demoras en el inicio de las labores que le correspondía ejecutar a **Telefónica** para adecuar las tiendas a la imagen publicitaria definida por ella, situaciones que no son extrañas en el día a día de un modelo comercial que empezaba a implementarse y que, en el caso de **Cellmóvil**, obligaba a la intervención de un gran número de puntos de venta propios, lo que difícilmente podía cumplirse de manera inmediata y simultánea.

Advierte el Tribunal que no encontró demostrado en el proceso que las partes hubiesen definido claramente un cronograma para la realización de las tareas que correspondía ejecutar a cada una de ellas para el montaje y adecuación completa de los puntos de venta, ni las sanciones por su eventual incumplimiento. Sobre este hecho, el Tribunal ha identificado varios momentos que tenían cargas específicas para las partes, a saber:

El agente debía hacer un estudio de las ciudades y los sectores de éstas donde estratégicamente convenía el montaje de un punto de venta propio, atendida su ubicación, potencial, densidad poblacional, seguridad y tráfico. Valorado lo anterior e identificado un local en un sector determinado **Cellmóvil** debía obtener autorización de la agenciada para proceder con ese punto. De obtener visto bueno, el agente debía suscribir luego el respectivo contrato de arrendamiento, si no era propio, y proceder a elaborar la obra civil gris y blanca, luego de lo cual debía poner a disposición de **Telefónica** ese local para que lo "interviniera", actividad para la cual ésta contrataba distintos proveedores para la ejecución de la obra civil de adecuación, tales como pintura de muros, techos, instalación de puntos eléctricos, guardaescobas y en algunos casos de tapetes, entre otros, según se

puede leer de las distintas actas de entrega de locales que se aportaron al expediente, y a la provisión de mobiliario, tal y como *counters* o mostradores de atención, vitrinas de pared, vitrinas de fachada, portaafiches, portacelulares, logo de pared, butacas, bombillos, entre otros. Cumplido lo anterior se elaboraba un acta mediante la cual se formalizaba la entrega de ese local con los diferentes elementos al agente, quien a continuación debía instalar sus equipos de cómputo, mobiliario y demás componentes tecnológicos necesarios para desarrollar su labor de agenciamiento; paralelamente, con la ayuda de Telefónica el agente debía ir capacitando a sus asesores para que se les asignaran los respectivos códigos al punto y al asesor. Al tiempo también se realizaba una implementación tecnológica en los equipos del agente para que pudiera acceder a las herramientas que ponía a su disposición **Telefónica** y, luego de todo lo anterior, se abría el punto al servicio del público.

Para llevar a cabo todas estas tareas, no encontró el Tribunal que las partes hubiesen establecido términos o tiempos, a partir de los cuales se pudiera deducir si efectivamente se produjeron demoras.

En efecto, como se mencionó antes, obra prueba de una serie de contratos de arrendamiento que celebró la convocante para supuestamente montar sus puntos de venta propios. No así se demostró en cada caso la fecha en que puso esos locales a disposición de **Telefónica** para que ésta los interviniera. Valga decir, el Tribunal considera que no se podía hacer una imputación general de incumplimiento en el tema de la adecuación de tiendas, pues como lo reconoció uno de los socios de **Cellmóvil** a julio de 2008 ya se contaba con 60 locales intervenidos.

No. Para que se pudiera establecer el incumplimiento de la convocada tenía que haberse probado en este proceso, para cada local en particular: (i) la fecha del contrato de arrendamiento, (ii) la fecha en que **Cellmóvil** puso a disposición de **Telefónica** ese local luego de

realizada la obra gris y la obra blanca, (iii) la fecha en que la agenciada entregó el local después de haberlo intervenido, (iv) la fecha en que se informó a **Telefónica** sobre la posibilidad de hacer las adecuaciones de software, (v) la fecha en que efectivamente ésta cumplió con esta última tarea, y por último (vi) la fecha en que entró en operación cada punto de venta. Al haberse conocido estas fechas hubiera sido posible para el Tribunal hacer una comparación y de esa manera establecer los días de mora, si efectivamente se produjo ésta, y de allí poder deducir algún grado de responsabilidad. Advierte el Tribunal que los contratos de arrendamiento aportados, por si solos, no son suficientes para demostrar el supuesto de hecho alegado por la convocante, es decir el incumplimiento de **Telefónica**.

Téngase en cuenta, además, que según lo admiten las partes, para antes de suscribirse el contrato C-0815-06, **Cellmóvil** ya contaba con tiendas propias, respecto de las cuales se supone que la adecuación o intervención para el nuevo esquema no pudo ser tan dispendiosa o demorada como pudo haber ocurrido con las demás; sin embargo para esos casos no se hizo ninguna diferenciación o precisión por la convocada.

Tampoco se podía afirmar en forma general que **Telefónica** no cumplió con la obligación de adecuación de los locales, en lo que se refiere a obras específicas, pues debió probarse en detalle, en cada caso en particular, que fue lo que dejó de hacer o los elementos que dejó de aportar, pues, por el contrario, lo que consta en el expediente es que en muchos, sino en todos, la intervención de los locales fue completa.

Considera también el Tribunal que mal podía establecerse responsabilidad alguna de Telefónica en la adecuación de las tiendas, cuando a más de cumplir con las tareas que le correspondía, entregó por mera liberalidad, sin obligación alguna, importantes recursos económicos al agente para que este pudiera implementar sus 62 puntos de venta propios y cubrir los gastos que demandaba su mantenimiento.

Como consecuencia de todo lo antes expuesto, el Tribunal no encuentra probado el incumplimiento de **Telefónica** respecto de la prestación en estudio y, por ello, resolverá desfavorablemente la pretensión 4.2. de la demanda.

2.9. El suministro de equipos por parte del agenciado.

En la pretensión 2.1. de la demanda se pide declarar que en virtud del contrato C-0815-06 **Telefónica** se obligó para con **Cellmóvil** a mantener dotados sus puntos de venta con el suficiente número de equipos que le permitiera cumplir dos objetivos: (i) atender el nivel de demanda que se canalizaría a través del nuevo esquema comercial y (ii) lograr el equilibrio económico requerido. En la pretensión 4.1. se pide declarar que la agenciada desatendió la antedicha obligación.

Los soportes fácticos de estas pretensiones están consignados en los hechos 38 a 53 de la demanda, los cuales en resumen son los siguientes:

Al hecho 38 se afirma que “*paralelamente*” a la entrada en operación del nuevo esquema comercial **Telefónica** modificó el mecanismo de suministro de equipos, sustituyendo el esquema de entregas por consignación por el “*esquema Mayorista*”, que consistía en la venta de equipos a través de dos compañías: Fastel de Colombia Ltda. y Startech Ltda., quienes se encargaron de “*suministrar los equipos y recaudar el precio de los mismos para Telefónica*”. Agrega que en este esquema la agenciada determinaba la política de suministro de equipos y como prueba de ello invoca un e-mail en el que el vicepresidente comercial de **Telefónica** se comprometió con **Cellmóvil** a hacerle entrega del 5% del inventario de los equipos para permitirle “*atender todo el canal de mercado que había logrado abrir bajo el nuevo esquema comercial*”.

La parte convocada manifiesta que no es cierto el hecho en la forma que se presenta y aclara que “*Telefónica, de acuerdo con las exigencias del mercado y de sugerencias provenientes de su red de*

*agentes comerciales y distribuidores, determinó modificar el sistema de comercialización de los aparatos telefónicos". Que **Telefónica** no tenía injerencia en la relación entre los agentes y los mayoristas. Que a los agentes se les hizo una presentación "en la que se les explicó en detalle el funcionamiento del esquema de mayoristas". Agrega que **Telefónica** no determinaba la cantidad de teléfonos y modelos a suministrar a los agentes pues esa dinámica "era la propia de la relación entre los agentes y los mayoristas".*

Respecto del anexo 24 de la demanda, aclara que el documento da cuenta de una reunión que se celebró entre las partes y los mayoristas para analizar la situación de éstos con **Cellmóvil**. Que allí se estableció que éste "contaba con inventario suficiente para atender los promedios de venta que venía manejando", así como que el agente tenía una deuda con los mayoristas, por lo que "si no recibía teléfonos no era por una situación imputable a Telefónica, sino por su falta de cumplimiento en las obligaciones de pago adquiridas".

El acuerdo al que se llegó sobre despacho del 5% del inventario al agente dependía de que éste "cumpliera con sus obligaciones de pago" y con él se pretendió "encontrar una salida comercial viable a la situación de incumplimiento en que se había colocado el propio agente, y que le impedía ejecutar el contrato de agencia con normalidad".

Al hecho 39 se señala que al haber modificado el esquema de suministro de equipos, **Telefónica** modificó de manera unilateral los términos de ejecución del contrato "afectando los intereses de Cellmóvil" pues, para adquirir los equipos debía pagarlos, con la generación del impuesto a las ventas, carga que antes no tenía y otras como el pago de comisiones por ventas a través de tarjetas débito y crédito e impuesto a transacciones bancarias, entre otros. Así mismo tenía que "asumir el riesgo derivado de la imposibilidad de enajenar aquellos poco atractivos

para los usuarios", cuando antes tales equipos los podía devolver al operador.

La convocada niega este hecho y dice que tales erogaciones las venía realizando como parte de las operaciones comerciales que ejecutaba. Agrega que si el agente tenía referencias de teléfonos poco atractivas para el mercado, era porque él las había solicitado al mayorista, y por ello *"no puede desconocerlo por su impericia"*.

Al hecho 40 se afirma que **Telefónica** se reservó *"los equipos de gama alta, o ciertas referencias o cantidades determinadas"* para ser distribuidos a través de sus Centros de Ventas y Servicios (CVS), generando competencia desleal hacia su agente.

La convocada manifestó que ello no era cierto, pues los mayoristas tenían a su disposición los mismos equipos que **Telefónica** distribuía. *"Otra cosa, es que el demandante no honrara sus compromisos comerciales con los mayoristas y ello le impedía obtener los aparatos telefónicos que necesitara"*. Agrega que la gama de aparatos media y baja era la que más operaba **Cellmóvil** y que buena parte de su operación comercial se centró en la activación de los teléfonos traídos.

Al hecho 41 se dice que se presentaron dificultades *"en la conciliación de cuentas por suministro de equipos entre los mayoristas y el agente"* las que se originaron en la falta de información y coordinación por parte de **Telefónica**, lo que ocasionaba que el mayorista suspendiera el suministro de nuevos equipos.

La convocada niega el hecho y dice que si el mayorista suspendía el suministro de los teléfonos, era por el incumplimiento en los pagos por **Cellmóvil**, lo que le resultaba ajeno a ella.

Al hecho 42 se afirma que frente a la inversiones que hizo **Cellmóvil** para cumplir sus obligaciones contractuales, **Telefónica** no cumplió las suyas,

pues (i) *“no suministró los recursos necesarios para atender la adecuación de la totalidad de los establecimientos de comercio que había autorizado”*, ya que *“sólo cumplió con la adecuación de 53 locales”*. (ii) *“A pesar de que el modelo de operaciones comerciales se basaba, entre otras actividades, en renovaciones y reposiciones de equipos, migraciones de tecnología, cambios de plan, y cambio de sim cards”* **Telefónica** no suministró el número necesario de equipos.

La convocante ha afirmado que en el primer trimestre del año 2007, bajo el esquema de consignación, la agenciada entregó a **Cellmóvil** más de 20.000 equipos, pero en los nueve meses siguientes, en vigencia del nuevo esquema comercial y, además, bajo el esquema de distribución **Telefónica** sólo entregó poco más de 16.000 equipos, cuando requería de aproximadamente 77.000.

Manifiesta la convocada que ello no es cierto, pues ella sí cumplió con la adecuación de los locales del agente, y que si a algunos puntos no se dio apoyo, fue *“porque Cellmóvil no cumplió con los requisitos de ubicación, tamaño y calidad del punto”*.

De otra parte señala que Telefónica no tenía que suministrar equipos pues *“el inventario de estas operaciones comerciales se manejaba a través de los mayoristas”*, y que si el agente requería la cantidad de teléfonos que indica *“a todas luces desproporcionada y sobredimensionada”*, debió valorar *“cómo estaban sus relaciones con quien debía suministrar esos teléfonos, cuál era su cupo de endeudamiento y si contaba con los recursos suficientes para adquirir esos teléfonos”*.

Al hecho 43 se menciona que en un estudio contratado por **Telefónica** a la firma Oliver Wyman se determinó que Cellmóvil *“era una empresa viable, y que para lograr el nivel de ingresos que estaba en condiciones de canalizar requería el suministro de 45.715 equipos en el periodo*

comprendido entre mayo y diciembre de 2008", sin embargo la agenciada sólo suministró 10.194.

La convocada niega el hecho y agrega que la empresa de asesoría y consultoría Oliver Wyman, "acompañó a Telefónica en un proceso de reingeniería, así como de análisis de sus estrategias comerciales y de colocación de la marca dentro del mercado", y que como parte esa asesoría se dispuso "realizar un ejercicio de scoring a algunos de sus agentes, con la intención de entregar un diagnóstico explicativo de su labor de gestión comercial", y que para el caso de **Cellmóvil** arrojó como resultado que ésta "contaba con bajísimos niveles de productividad, con un esquema de costos altos que era muy superior a su nivel de ingresos, y que su labor para atacar algunos nichos del mercado era susceptible de mejorar sustancialmente"; que debía "aprovechar mejor el mercado con el que contaba y posicionar en mejor manera sus oportunidades de venta".

Advierte que "En el estudio realizado no se asumían compromisos de ninguna índole por ninguna de las partes. Lo que se hacía era una simulación financiera de ingresos y costes (según información del propio agente)". No se recomendaron mínimos de venta. Se aclara que el modelo financiero "se limitaba a plasmar, en una hoja de cálculo, cuáles serían los cambios en ingresos y resultados del agente de acuerdo a determinados resultados comerciales", y que el informe no indicó que **Telefónica** debía suministrar 45.000 teléfonos.

Al hecho 44 se afirma que con base en el estudio de Oliver Wyman, **Cellmóvil** obtuvo un acuerdo de refinanciación de sus obligaciones con sus acreedores del sistema financiero, "las cuales en principio aliviaron la difícil situación de flujo de caja que para ese entonces ya se estaba viviendo".

La convocada dice no constarle tal hecho.

Al hecho 45 se afirma que conforme a las proyecciones de Oliver Wyman y bajo la convicción de que **Cellmóvil** era una empresa viable, **Telefónica** aprobó un apoyo económico que entregó parcialmente así: a) \$300.000.000 el 14 de abril de 2008, b) \$300.000.000 el 15 de mayo siguiente; y c) \$960.000.000 como premio por el cumplimiento de metas presupuestales, de los cuales sólo recibió \$880.000.000.

La parte convocada manifiesta que es cierta la entrega del apoyo económico, el cual obedeció a un acuerdo de cooperación económica y publicitaria entre **Telefónica** y los agentes comerciales, con el fin de “*alinear la política comercial*” de éstos con la de la compañía, el cual exigía el cumplimiento de condiciones relativas a la vigencia de los puntos y a la certificación de imagen de los mismos. En la medida en que **Cellmóvil** cumplió se hizo acreedor al apoyo, y por último rechazó que el ejercicio de Oliver Wyman hubiese sido la causa de dichos apoyos.

Al hecho 46 se afirma que una vez *“Implementadas las recomendaciones del estudio de OLIVER WYMAN, se empezaron a experimentar resultados positivos evidenciados en las cifras de julio, agosto y septiembre de 2008”*

La convocada manifestó no constarle este hecho, y agregó que el informe de Oliver Wyman era *“más un ejercicio de simulación financiera, que un compendio de recomendaciones comerciales en uno u otro sentido”*.

Al hecho 47 se afirma que en la primera semana de octubre de 2008 **Telefónica** ordenó la devolución de todo el inventario en poder de **Cellmóvil** *“con la expresa motivación de renovarlo para atender la temporada decembrina, justificación que a la postre resultó no ser cierta”*.

La convocada dice que tal hecho no es cierto, que *“la instrucción de devolución de los equipos provino de Fastel”* y no de **Telefónica**.

Al hecho 48 se afirma que cumpliendo con la anterior orden, *“a mediados de octubre de 2008, Cellmóvil entregó a Telefónica todos los equipos que permanecían en sus tiendas, quedando sin la posibilidad de vender líneas, aparatos telefónicos o tarjetas entre ese momento y el día 30 de noviembre de 2008”*. Agrega que la nueva entrega de equipos demandó un *“arduo proceso de conciliación de cuentas con los distribuidores mayoristas”*, lo que demostraría que la devolución de equipos no tuvo como intención la renovación de inventarios.

La convocada niega el hecho y agrega que (i) la restitución de los equipos a Fastel fue una decisión exclusiva del mayorista; (ii) no es cierto que Cellmóvil hubiese quedado sin posibilidad de vender productos, *“dado que gran parte de su actividad comercial, se basaba en las actividades con los equipos traídos”*; (iii) que el mayorista hubiera efectuado corte de cuentas y conciliaciones con el agente, *“no implica a Telefónica, y se considera apenas normal frente a los problemas de pago y cartera que afrontaba Cellmóvil”*. (iv) Si como resultado de la conciliación y la situación de cartera del agente, se desprendía que no era aconsejable la entrega de mayor número de equipos, ello fue una decisión imputable al mayorista.

Al hecho 49 se afirma que a pesar de los compromisos de **Telefónica**, al llegar la temporada de diciembre de 2008, ésta incumplió de nuevo *“pues aunque se le garantizó la entrega de 15.000 equipos para dicho período, tan sólo recibió un poco más de 500”*.

La convocada respondió que no incumplió el contrato, *“porque el suministro de aparatos telefónicos no le correspondía, sino que era ejecutado por los mayoristas”*, y que tampoco era cierto que se hubiera garantizado el suministro de 15.000 teléfonos, pues *“una cosa es avalar y garantizar la disponibilidad de unos aparatos telefónicos, (...) y otra muy*

distinta, es comprometerse a entregar de forma directa, la cantidad determinada de teléfonos que indica la demanda”

Al hecho 50 se afirma que **Cellmóvil** en el nuevo esquema comercial, “y aún durante el tiempo en que no contó con inventarios en sus tiendas” (...) tuvo que atender, sin ingresos para sí, todos los clientes que requerían servicios que no le generaban comisión alguna tales como reclamos por daños en equipos, reposición de simcards, garantías y en general servicios de posventa.”

La convocada niega el hecho y agrega que las labores descritas se remuneraron en forma adecuada.

Al hecho 51 se indica que la situación planteada en el hecho anterior, “llevó al fracaso del plan de negocios de OLIVER WYMAN, lo cual generó el colapso de la operación comercial de CELLMÓVIL, quien no obstante haber mostrado sus tiendas abarrotadas de usuarios por la temporada decembrina de 2008, no pudo atender sus necesidades por carencia de inventario suficiente.”

La convocada responde que si **Cellmóvil** no pudo contar con las suficientes terminales, “ello se debía a su errático manejo administrativo y económico de su compañía”, que si la cartera era muy alta era obvio que el mayorista no le hiciera despacho de teléfonos.

Al hecho 52 se afirma que con comunicación de 29 de diciembre de 2008 se puso en conocimiento de la convocada la difícil situación del agente ocasionada por los incumplimientos de la agenciada.

La parte convocada acepta la existencia de la comunicación pero dice no compartir los hechos allí relatados ni su contenido.

Al hecho 53 se afirma que en enero de 2009 se solicitaron equipos que no fueron entregados bajo el pretexto de que no había inventarios,

hecho que fue empeorando día a día, *"hasta que a mediados del mes de febrero del mismo año, le fue imposible al agente continuar con su operación comercial"*.

A este hecho responde la convocada que no es cierto, que siempre hubo inventarios suficientes para adquirirlos a través de los mayoristas, y que si para mediados de 2009 el agente no podía continuar con su actividad, ello *"era fruto de su comportamiento comercial y no de una acción u omisión de Telefónica"*.

Consideraciones:

Los hechos de la demanda que acaban de exponerse, junto con la respuesta que a ellos dio la convocada, indican que la controversia en este punto se refiere al esquema de suministro de equipos que supuestamente **Telefónica** modificó en ejecución del contrato, lo que al parecer le causó perjuicios económicos a **Cellmóvil**, a tal punto que ello fue uno de los principales motivos para no continuar su operación comercial y suspender la ejecución del contrato. Mientras que la convocada atribuye los problemas de suministro de terminales sobre todo a la falta de liquidez del agente, éste señala otras muchas causas como las responsables de ello.

Para resolver la pretensión, de acuerdo con los hechos alegados, el Tribunal debe buscar respuesta en las pruebas del proceso a los siguientes interrogantes: (i) El suministro de equipos a través de mayoristas fue una modificación al contrato, o por el contrario era un elemento que se había expuesto a los agentes antes de su suscripción; (ii) en qué momento empezó a regir el nuevo esquema de suministro; (iii) qué trascendencia tuvo el informe del asesor Oliver Wyman; y (iv) cuál fue el papel de Telefónica en el nuevo esquema de suministro de equipos.

Análisis probatorio:

El Tribunal inicialmente se remite al examen que hizo anteriormente en este laudo sobre el contenido del contrato C-0815-06 y sus anexos.

Al respecto se reitera que en la cláusula 2.3.1. se estableció que *“Las características específicas de los productos y Servicios, además de las que constan en las Concesiones, se definen, de manera exclusiva y autónoma, en los instructivos generales de Telefónica Móviles, que se encuentran a disposición del agente y que éste declara conocer”*

En el numeral 2.3.2. se indicó además que *“(…). El fabricante, marca, modelo y la garantía por la calidad de los Productos que se vendan, entre otros, serán los que Telefónica Móviles determine de manera exclusiva y autónoma”*.

En el numeral 2.3.3. se señaló que *“El Agente promoverá la comercialización de Productos y Servicios en las condiciones jurídicas y de precios y tarifas fijados por Telefónica Móviles, y que oportunamente les serán comunicadas (…).”*

En la cláusula referida a los productos autorizados se estableció que *“El Agente únicamente podrá promocionar la venta de los productos autorizados y homologados por Telefónica Móviles **a través de canales especializados autorizados para su distribución** y en los términos y condiciones establecidos por aquella en el Manual Operativo”* (cláusula 3.6), (Destaca el Tribunal).

En el Anexo 9 – Condiciones de operación del programa *“Gestión y Atención a Clientes Canal Presencial”*, en la cláusula Primera que se refiere al Alcance de las operaciones a ser desarrolladas se estableció que *“En virtud de la ejecución del programa, el agente asume los siguientes compromisos: (...) f) **Disponer del inventario de teléfonos y sim cards requeridos para realizar todas las operaciones de Reno & Repo.**”*

Migraciones y cambios de sim" (Se destaca).

Como se puede apreciar, de los documentos contractuales no se extrae que **Telefónica** hubiese tenido como obligación la de suministrar equipos a los agentes. Es más la cláusula 3.6. del contrato C-0815-06 reitera que el agente sólo podría promocionar "*la venta de los productos autorizados y homologados por Telefónica Móviles a través de canales especializados autorizados para su distribución*". Para el Tribunal el aparte subrayado permite suponer que desde la celebración del contrato se previó que la agenciada no entregaría directamente equipos a los agentes para su posterior venta y que para el efecto éstos tendrían que utilizar los canales o medios autorizados por aquella, lo cual requiere de otras pruebas para aceptarse.

Lo mismo puede concluirse de lo dispuesto el literal f) de la cláusula Primera del Anexo 9 del contrato, donde consta que era obligación de **Cellmóvil** contar con el inventario de equipos requerido para poder cumplir con las actividades comprendidas dentro de las Operaciones Comerciales que **Telefónica** le permitiría desarrollar en virtud del contrato. No obstante lo anterior, en atención a que este Anexo 9 es de 17 de septiembre de 2008, el Tribunal considera necesario examinar también otras pruebas.

Dentro de los documentos aportados por la convocada en desarrollo de la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos se encuentra un comunicado enviado el **13 de diciembre de 2006** por *Administración de Canales* a todos los agentes en donde se informa sobre la entrada en operación del operador logístico Fastel; dice textualmente este documento:

"Iniciamos operación con el nuevo operador Logístico FASTEL, Fastel entregará mercancía en nuestros diferentes canales de distribución: AGENTES Y RETAIL a nivel nacional mediante su transportador DHL. En el archivo adjunto encontraran las condiciones de entrega de

*DHL y las condiciones de recepción que deben tener en cuenta los responsables en nuestros puntos. Solicito la colaboración de todos ustedes para hacer llegar esta (sic) instructivo a todos los responsables de inventarios de cada regional Agentes y CVS.
(...)” (folio 455, Cuaderno de Pruebas N° 8)*

Para el Tribunal el anterior documento demuestra que la distribución de los equipos por parte de los denominados *mayoristas* empezó a implementarse de manera casi simultánea con la celebración del contrato C-0815-06, pues éste tiene como inicio de vigencia el 1° de octubre de 2006 y el comunicado transcrito es del 13 de diciembre siguiente. Así lo reconoce la propia convocante al hecho 38, luego de exponer los antecedentes del esquema de Operaciones Comerciales, donde afirmó: *“Paralelamente a lo anterior, Telefónica modificó el mecanismo de suministro de equipos (...)”*

Del **6 de agosto de 2006** obra un comunicado de **Telefónica** a los agentes que informa sobre distintos aspectos así:

“Equipos Mayorista

Desde el pasado 1 de agosto es posible hacer transacciones de reposición y renovación con equipos mayorista. (...)

El valor del equipo debe ser recaudado por el Agente Comercial y posteriormente pagado al mayorista.

Equipos en consignación

En caso que su agencia cuenta con terminales en consignación tenga en cuenta lo siguiente.

Postpago: *Movistar genera cobro del terminal al cliente dentro de la factura cíclica, por lo cual su agencia no debe cobrar nada al cliente.*

Prepago: *Su agencia debe recaudar el dinero y consignarlo en la cuenta de Movistar para luego aplicar a cada cliente el correspondiente pago.*

Nota:

(Se pueden dar las combinaciones de inventario entre mayorista y

mercancía en consignación).

Red de ventas

Política para la identificación de puntos

- **Punto propio:** Es aquel exclusivo de productos Movistar, de propiedad en costos y personal del agente comercial

1. Con Operaciones Comerciales: Presta servicio de cambios de SIM, cambio de pre a pos, migraciones R & R, STP (futura)

2. Sin Operaciones Comerciales. Que aún no tiene estos servicios

- **Punto de sub:** es aquel que trabaja con el agente en calidad de subdistribuidor

- **Punto Mixto:** es aquel establecimiento en el que se venden otros productos (ej. Ofimáticas, Muebles) y Movistar

(...)” (folio 429 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 8).

Como se puede apreciar, ya desde agosto de 2006, es decir antes de entrar en vigencia el contrato, se contaba con la intervención de los mayoristas en el proceso de manejo y suministro de inventarios, o al menos de la compañía Fastel, para hacer transacciones de reposición y renovación de equipos. Igualmente se puede deducir que para entonces era posible la convivencia de inventarios, es decir, en consignación y de mayorista. Así mismo, es importante destacar que la red de ventas en esa época podía estar constituida por puntos propios con o sin operaciones comerciales, puntos de subdistribuidor y puntos mixtos.

En el Cuaderno de Pruebas N° 7 obra un documento interno de la convocante sobre proyecciones del año 2007, del que forma parte un documento titulado *Matriz Dofa*, en el cual como debilidades de **Cellmóvil** se identifica, entre otras, “El abastecimiento de inventario por compra”

A folio 3 del Cuaderno de Pruebas N° 3 obra un documento

denominado "Formación a nuevos usuarios – Esquema Mayorista – Guía práctica sobre la captura de información manejo de terminales". Allí se señala como objetivo del documento: "Conocer de una manera práctica el mecanismo de captura de información en la Extranet sobre el manejo del Stock que les ayudará a los mayoristas y a los agentes con la dinámica comercial actual"

Y enseguida se presentan las definiciones del modelo así:

- "Telefónica vende a Mayoristas a Full precio.
- Mayorista vende al agente a Full precio.
- El agente vende a cliente final a precio de carpeta comercial.
- El agente recauda valor de la venta de cliente final y en nombre del mayorista, realiza consignación del valor del Terminal en cuenta referenciada a Telefónica (...).
- El valor del cargo básico se sigue manejando de la misma forma que se maneja actualmente.
- El agente realiza legalización de la venta con el pago del Alta.
- Se define como fecha de inicio de modelo Noviembre 19 (...)"

En el numeral 1. que se refiere a solicitud de pedidos se señaló:

- "El agente realiza sus pedidos directamente al mayorista como lo ha venido haciendo.
- El mayorista valida cupos y comportamiento comercial.
- El mayorista tramita el pedido y emite factura al agente".

En el numeral 2. Altas y Recaudo se estableció:

- "Una vez tramitada el alta, Renovación & Reposición o Migración, el agente comercial debe realizar a nombre del mayorista **el pago de los terminales** (No cargos básicos, etc.) **según las ventas y operaciones comerciales efectuadas diariamente**" (se destaca).

Enseguida se indicó el procedimiento para hacer las consignaciones y las cuentas de los mayoristas habilitadas para el efecto, y se precisó además que *“Las consignaciones deben ser realizadas a la cuenta que corresponda la serie dada de alta (de Fastel o de Startech) para de esta manera poder aplicar el pago”*.

Este documento que se acaba de mencionar no tiene fecha, pero por su contenido confrontado con otras pruebas se supone que es anterior al 19 de noviembre de 2008.

Según se lee, con ese documento se pretendió brindar información en la Extranet *“sobre el manejo del Stock que les ayudará a los mayoristas y a los agentes con la dinámica comercial actual”*, lo que permite deducir que se trataba de un esquema de suministro que ya estaba funcionando.

Otro aspecto que se puede deducir del documento analizado es cómo se pagaban por el agente los pedidos de equipos que hiciera. Según se observa, el agente hacía la solicitud de determinados equipos al mayorista, quien de acuerdo al comportamiento comercial del agente tramitaba el pedido y lo facturaba al agente, pero el pago de esa factura se hacía en forma desglosada cada vez que el agente vendiera uno de esos equipos. Al parecer el agente no estaba obligado a pagar de forma inmediata y total el importe de la factura sino que la iba amortizando en la medida en que iba vendiendo tales equipos, caso en el cual recibía el dinero del cliente y lo consignaba en la cuenta del respectivo distribuidor y legalizaba la venta. Teóricamente este esquema no tenía por qué generar dificultades para nadie, en especial para el agente, pues el pago de los equipos se cubría no con dinero propio sino con el que los clientes le entregaban como pago por la compra de tales terminales. En la práctica es de suponer que se requería de un cruce de cuentas entre el agente, el mayorista y Telefónica, para determinar los saldos a favor de cada quien, dada la diferencia de precios con que se vendían los equipos entre ellos.

Este aspecto fue corroborado por la representante legal de la convocada en el interrogatorio ante el Tribunal, cuando expuso:

“SRA. RUIZ: Partamos de una premisa general que sería cómo funcionaría un esquema mayorista digamos perfecto, la compañía abastece, o sea los teléfonos son comprados por los mayoristas a Telefónica, hay compras regionales, el mayorista le compra los teléfonos a Telefónica, son compras regionales de equipos y el mayorista a su vez qué tiene? Lo revende dentro de los agentes comerciales, ese equipo que le llega no lo paga de manera inmediata al agente comercial, el agente comercial qué hace? Lo coloca en el usuario, de forma tal que como hay un plazo para el pago, en estricto sentido si usted se da cuenta el terminal lo paga el usuario de forma tal que el esquema mayorista funcionando perfecto, ese circuito del flujo de terminal implica que el usuario paga el terminal al agente, el agente coge ese recurso y con eso paga dentro del plazo establecido para el mayorista para que él pague el terminal.

DRA. LOZANO: Al mayorista?

SRA. RUIZ: Al mayorista exactamente, entonces de forma tal en la medida en que uno sepa llevar la gestión de sus terminales, los usuarios le están pagando los equipos, él compra los equipos para las ventas a los suscriptores de telefonía celular, ellos pagan los terminales y con ese recurso que obtienen del pago del usuario es el recurso que a su vez ellos pagan mayorista, porque había establecido unos plazos de pago, no le es decir cuáles son los plazos, pero eso es lo que permite un flujo donde de ninguna manera tendría por qué haber nada que interrumpa la cadena en la medida que el usuario paga y tiene ahí el recurso para pagar al mayorista” (pág. 14 y15).

En el mismo sentido a folios 8 a 10 del Cuaderno de Pruebas N° 8 obra el instructivo que **Telefónica** envió a los agentes para comunicar la mencionada transición en el que señala que para “optimizar el manejo

del stock actual y garantizar la disponibilidad de equipos”, pone a disposición una herramienta en Extranet y comunica “el modelo a manejar aprobado por los Mayoristas”. Y se añade: “Estas son las modificaciones que aplican a partir del día 19 de Noviembre de 2008, haciendo la claridad que el stock de inventario que no haya sido devuelto al mayorista al 31 de octubre de 2008, debe ser cancelado al Mayorista en los tiempos correspondientes al vencimiento de cada factura”

En este documento se comunica el procedimiento de solicitud de pedidos que se indicó anteriormente, y se repite, el agente realiza sus pedidos directamente al mayorista, éste valida cupos, tramita pedido y emite factura.

A renglón seguido se estableció un procedimiento para Altas y Recaudo, donde se establece: *“Una vez tramitada el alta, Renovación y/o Reposición, Migraciones, el agente comercial debe realizar el pago de los terminales a nombre del mayorista según las ventas y operaciones comerciales realizadas (...)”*; las consignaciones se debían hacer en la cuenta del mayorista que correspondiera para aplicar el pago, las cuales debían anexarse en la carpeta de legalización de cada venta. Enseguida se expuso el procedimiento para el control de consignaciones y unas observaciones.

El modelo logístico de terminales con cupo de crédito asignado se inició el 4 de marzo de 2009, según comunicado de 3 de marzo en el que se relacionaron requisitos y procedimiento (folio 101, Cuaderno de Pruebas N° 8). Este iba acompañado de un otrosí en el que se modificaba el numeral 2.3. del contrato, donde se hacía referencia expresa a la entrega de equipos por **Telefónica** para su venta y establecía un cupo de crédito a los agentes para recibir los teléfonos; así mismo se modificaba el pago de la prestación mercantil especial que ahora se haría en forma semestral. Tal documento no fue firmado por la convocante.

Con fecha 9 de marzo de 2009 aparece un comunicado que informa a los agentes: “Conozca el nuevo esquema de distribución” (folio 365 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 8), y en comunicado de 19 de marzo se explica, entre otros, el proceso de entrega de inventario donde se precisa que:

“El plazo de vencimiento para los equipos entregados en transferencia será de 60 días para todas las gamas, pasado este plazo se factura el equipo a precio costo.

El agente comercial deberá realizar el pago de las ventas iniciales para clientes individuales a más tardar el día siguiente de realizada la venta. (...)

Las ventas corporativas no afectarán los cupos de los agentes (...)
(folio 353 Cuaderno de Pruebas N° 8).

De 27 de marzo de 2009 obra comunicado que advierte, entre otros, “Ahora usted podrá acceder a un Extracupo para la compra de terminales” (folio 345, Cuaderno de Pruebas N°8).

Del 4 de mayo de 2009 aparece otro comunicado que dice:

“En relación al comunicado enviado a su agencia el pasado diez y nueve (19) de marzo de 2009, en el cual se informó sobre el plazo de vencimiento de los Teléfonos entregados para su venta a los usuarios bajo el nuevo modelo logístico para la distribución de terminales, me permito informarle que telefónica Móviles Colombia S.A. procederá a expedir las correspondientes facturas de venta de los Teléfonos cuyo plazo se encuentre vencido (...) (folio 131, Cuaderno de Pruebas N° 9).

Finalmente, de 19 de junio de 2009 obra comunicado sobre “Venta en firme” e invita a los agentes a conocer “este nuevo proceso, que le permitirá realizar pedidos de equipos sin cupo de crédito asignado” (folio 250 Vto., Cuaderno de Pruebas N° 8).

Algunos testigos declararon sobre el momento en que empezó a regir el sistema de suministro de equipos a través del canal mayorista, así por ejemplo el señor Camilo Alberto Gutiérrez Toro manifestó:

“DR. BEJARANO: ¿Sabe cuándo empezó a operar el nuevo esquema mayorista?”

DR. GUTIÉRREZ: Sí, se propuso en el documento, en el contrato firmado que... diligencia a partir del 1° de octubre, entre el 1° de octubre la verdad no sé exactamente, pero sí transcurrió uno o dos meses tal vez en el que efectivamente entró en operación como tal y estuvo habilitado disponible el mayorista para ese suministro de equipos, pero la fecha exacta no la tengo.

DR. BEJARANO: ¿Pero esa entrada en operación ocurrió antes del 11 de diciembre/06 cuando Telefónica firmara o después?

DR. GUTIÉRREZ: No tengo precisamente la fecha, entendía o tengo en la cabeza que fue un mes después, pudo haber sido en noviembre más o menos.

DR. BEJARANO: ¿Y era factible que Telefónica entrara a operar el nuevo sistema sin que estuviera firmado por ella el contrato?

DR. GUTIÉRREZ: Sí, hubo una coexistencia y los agentes convinieron con ella y ellos a su vez la aceptaron en qué sentido, sabían que tenían un inventario, había una transición entre el inventario que ellos tenían, que les dio Telefónica y el que les iba a ser disponible cuando entrara el modelo mayorista.

Hubo un período en que esos agentes mantuvieron ese abastecimiento de lo que ya tenían, Telefónica no se los recogió, lo que uno diría es que si hubiera sido todo exacto era que el 1° de octubre el mayorista disponible el 30 de noviembre ya hubiera devuelto todos los equipos de Telefónica, pero eso no se dio así y con conocimiento de los agentes hubo un período que se extendió, en el que coexistió ese abastecimiento de inventarios, el que tenía

de Telefónica y cuando el mayorista empezó a suministrarlas". 23

En sentido contrario el señor Martín Emilio Cardona Ceballos, declaró:

"Dr. Bejarano: Sí, la pregunta es si en ese proceso de estudio por parte de Alianza Cellmóvil ella fue advertida por Telefónica de que iba a haber un cambio del sistema de consignación al sistema que se implementó de entrega de esos equipos a través de mayoristas?"

Dr. Cardona: Yo estuve en muchísimos momentos dentro del análisis o la expectativa que tuvo Alianza Cellmóvil para introducirse en el nuevo esquema comercial, se estuvo analizando porque entre otras cosas se estuvo como colocando en el tema de inversiones para incorporarse en el nuevo esquema comercial cuánto serían los costos del abogado para atender los contratos y atender todos esos temas.

Dr. Bejarano: Pero permíteme lo quiero concretar, la pregunta mía es muy concreta, si usted sabe si Alianza Cellmóvil fue advertida por Telefónica que no se iba a seguir surtiendo el sistema de consignación sino el otro de entrega a través de mayoristas, le ruego que me conteste eso.

Dr. Cardona: No, ella no fue advertida, ellos estaban manejando siempre, tengo entendido que manejaba era el suministro por consignación, llegaban a las bodegas de Alianza Cellmóvil los equipos en consignación y así era que se trabajaba el tema, el tema no tenía ninguna expectativa de que se fuera a cambiar, nada de eso, en eso fue claro porque como dije al principio yo estuve en varias oportunidades avisando situaciones del nuevo esquema comercial". (pág. 36)

Así mismo el socio Abraham Lelie niega que en la presentación del esquema de operaciones comerciales se les haya informado de un cambio en el manejo de inventarios.

“DR. BEJARANO: En el sistema de la operación comercial qué diferencia había con el manejo de los equipos?”

SR. LELIE: La idea de las operaciones comerciales era la implementación de los nuevos productos, o sea cuando se inició esta gestión de convencer y de hablar del nuevo esquema y de tener que abrir puntos propios en este momento no nos mencionaron un nuevo esquema del manejo de inventarios, hasta ese momento no, esto vino por ahí en enero/07 donde Telefónica mencionó que había una nueva forma de manejar el inventario.

DR. BEJARANO: Cuál es esa forma nueva de manejar el inventario que se implementó a partir de 2007?”

SR. LELIE: Eso fue el esquema, nos comenzaron a hablar, porque esto se implementó el 19 de noviembre/07, ese fue el esquema de mayoristas”. (pág. 10)

Por su parte Arturo Bernal Jiménez, declaró:

“DR. SACHICA: Esa gradualidad que usted acaba de mencionar nos la podría ubicar cronológicamente entre qué época y qué época se dio ese sistema de gradualidad en el mayorista, ubíquese año 2006, 2007 y 08.

SR. BERNAL: Arrancó en el 2006 cuando se dijo que se iba a cambiar el modelo a mayorista, en el momento en que salí todavía había teléfonos del modelo de consignación, o sea que la transición respecto a los teléfonos en consignación nunca terminó.

DR. SACHICA: El modelo mayoristas comenzó en el 2006 de un día para otro o en qué momento comenzó lo de mayoristas?”

SR. BERNAL: No, convivió con el inventario en consignación unos 3 meses”. (pág. 27)

Juan Pedro Araujo, declaró que el esquema mayorista fue incluso

anterior al esquema de operaciones comerciales:

Dr. SÁCHICA: en ese momento en que ustedes les presentan a los agentes comerciales ese nuevo esquema coincide o fue ese el momento en que se plantea el esquema mayorista o el esquema mayorista es posterior?

Sr. ARAUJO: El esquema mayorista se lo contamos en abril, en la convención de los distribuidores.

Dr. SÁCHICA: Antes?

Sr. ARAUJO: Si, se lo cuento yo en abril, creo que la convención fue el 23, 24 de abril, eso se lo cuento yo, porque cuando vengo aquí la decisión el esquema mayorista ya era una decisión que la compañía había tomado y con la cual yo además estaba de acuerdo".

Y sobre el mismo tema más adelante responde:

Dr. SÁCHICA: (...) recuerda usted en qué momento, en qué época efectiva entró a operar el esquema mayorista (...)?

Sr. ARAUJO: Supongo que sería, no, la fecha no la recuerdo, no sé si sería a finales de 2006, principios de 2007, la verdad es que no la recuerdo (...).

Dr. SÁCHICA: Pero usted tiene claridad acerca de si ese esquema mayorista inició desde el mismo momento en que comenzó el nuevo esquema de agenciamiento o en fecha posterior?

Sr. ARAUJO: Supe que entraría en fecha posterior, pero no muy posterior, porque era una de las cosas que nosotros estábamos implementando y un concurso no se hace de un día para otro porque nosotros, nuestro proceso se hace una licitación en la cual cualquier proveedor de Telefónica en el mundo se puede presentar (...), eso lleva sus proceso, pero se haría relativamente cercano a

ese momento."

Por su parte Pablo Andrés Lozano Villegas declaró sobre este tema:

"Dr. Bejarano: Cuándo inicio y cuándo finalizó el esquema mayorista?"

Sr. Lozano: Yo entré como en marzo, abril, mayo, creo que empezó en junio realmente de 2007 y cuando yo me retire en mayo del año pasado ya estábamos manejando todo como operación logística (...)". Pág. 74

En el dictamen pericial, en respuesta a la pregunta 3.10.1, la perito en la página 24 presenta un paralelo entre los esquemas de inventarios "según Alianza Cellmóvil en liquidación", donde se señala que el esquema mayorista empezó a regir a partir de noviembre 19 de 2007; Sin embargo, al responder la pregunta 4.3 en la página 32, presenta una descripción de los esquemas de manejo de inventarios, y advierte que para responder esa pregunta recibió información de Telefónica, allí se indica que el esquema mayorista estuvo vigente de "abril 2007 a Marzo de 2009"

En el Cuaderno de Pruebas N° 9, a folios 292 a 364 obra copia del contrato celebrado entre Telefónica y *Fast Teléfonos Celulares de Colombia Ltda. – Fastel* el día **15 de noviembre de 2006** mediante el cual la segunda prestaría a la agenciada los servicios de "mayorista y operador logístico" a cambio de una retribución determinada por cada servicio. Dicho contrato, al igual que el C-0815-06, también previó una duración de dos años del **1° de octubre de 2006 al 30 de noviembre de 2008**. Dicho contrato fue el producto de un proceso licitatorio en el que **Telefónica** elevó una invitación y Fastel presentó su oferta, documentos que se entendieron incorporados a ese contrato.

En el documento se establecieron una serie de obligaciones que el contratista contraería como operador logístico y como mayorista, y se

establecieron unos indicadores para medir su cumplimiento en el desarrollo de tales funciones. Y en el Anexo 2 que contiene el “Manual de Descripción del Servicio” en el literal b) del numeral 1. se indicó que el contratista suministraría a Telefónica los siguientes servicios:

“Como contratista, se encargará de la compra a Telefónica Móviles o al fabricante de terminales previa negociación y aceptación por parte de Telefónica Móviles del material o materiales necesarios para la comercialización de los productos e igualmente se encargará de la comercialización, distribución y venta a los canales indirectos autorizados por Telefónica Móviles”.

En dicho documento se establecieron procedimientos para la recepción y evaluación de pedidos, su envío, facturación y cobro. Así mismo quedó claro que el contratista cumpliría su encargo en forma independiente pero con la obligación de emitir informes a **Telefónica** sobre todas y cada una de las etapas de los distintos procesos.

Con igual alcance y contenido, a folios 363 a 427 del Cuaderno de Pruebas N° 9 obra copia del contrato celebrado el 10 de enero de 2007 entre **Telefónica** y *Startech Ltda.*, que igualmente tenía como duración del 1° de octubre de 2006 al 30 de noviembre de 2008, vigencia que coincide con la del contrato C-0815-06.

Consideraciones:

Como se puede extraer del análisis de las pruebas antes relacionadas, no existe unanimidad respecto del momento en que entró en vigencia el esquema de suministro de inventarios a través de mayoristas, aunque todos si coinciden en que concluyó en marzo de 2009.

Para el Tribunal la implementación del esquema mayorista no fue súbita, caprichosa ni imprevista sino que fue el producto del análisis que hizo la agenciada para mejorar el manejo de inventarios y suministro de

equipos a los agentes, toda vez que en el esquema de consignación se presentaron dificultades en el control de inventarios, pérdidas de equipos y problemas con los agentes para la asignación de cupos por cantidad y referencia; es más parece ser que eran los agentes los más interesados en que se implementara un modelo de suministro de inventarios a través de terceros que fuera idóneo para satisfacer sus pedidos.

En cuanto a que si el esquema mayorista fue una previsión contractual o una modificación al texto negocial, el Tribunal encuentra en la cláusula 3.6. una referencia expresa e indicativa de que **Telefónica** se valdría de canales especializados autorizados para la distribución de los equipos cuya promoción era materia del encargo por el agente.

La fecha de los contratos con los mayoristas permite inferir que de tiempo atrás la agenciada pretendía implementar dicho esquema de distribución, aspecto que no tendría por qué ocultarse a los agentes, y por ello es posible admitir que tal tema sí le fue planteado a los agentes en la convención de distribuidores de abril de 2006 que mencionó uno de los testigos.

Lo cierto es que iniciada la vigencia del contrato C-0815-06 la agenciada continuó suministrando equipos a los agentes bajo el esquema de consignación, hasta que empezó a regir en forma exclusiva el esquema mayorista en abril de 2007 y, como se expuso, al comienzo de la implementación de ese modelo se presentó una “convivencia de inventarios”, en los términos de las partes. De lo que no hay prueba en el expediente es de las reclamaciones que pudo haber elevado **Cellmóvil** a la agenciada, si es que lo hizo, al momento de entrar en vigencia el contrato C-0815-06, por estar en desacuerdo con el sistema de suministro de equipos a través de terceros que se preveía en él, como tampoco hay evidencia de que formulara reclamos u observaciones al momento de entrar en funcionamiento dicho esquema en abril de 2007. La documentación que obra en el expediente referida al tema, es posterior

a esa fecha, es decir ya en ejecución de ese sistema de administración de inventarios y suministro de equipos.

En todo caso, es claro para el Tribunal que contractualmente **Telefónica** podía introducir un esquema de administración de inventarios que mejor sirviera a la atención de los pedidos de los agentes, su trámite y despacho oportunos. Además, no obran en el expediente reclamos de **Cellmóvil** coetáneos a la implantación del esquema mayorista, ni tampoco se ha demandado en este proceso la ilegalidad de tal modelo.

Ahora bien, según se indicó anteriormente, ni en el contrato ni en sus anexos, se estableció la obligación de **Telefónica** de suministrar directamente los equipos al agente, lo cual confrontado con la fecha del contrato materia de litis, la fecha de entrada del esquema mayorista y la entrada en vigencia del esquema denominado "*Operaciones Comerciales en Agentes*" en marzo de 2008, demuestra que el agente conoció o debió conocer oportunamente los alcances y repercusiones de ese modelo de suministro de equipos y a pesar de ello no sólo se plegó a ese esquema comercial, sino que cuando pudo sustraerse de la renovación automática del mismo a su terminación en septiembre de 2008, no lo hizo y lo prorrogó por 2 años más. Así mismo queda demostrado que la entrada en operación del esquema de suministro de equipos a través de mayoristas es anterior al inicio de ejecución del esquema de operaciones comerciales e incluso al mismo contrato.

Con fundamento en las consideraciones anteriores el Tribunal negará la pretensión 2.1. de la demanda, razón por la cual la pretensión consecuencial 4.1. igualmente estaría llamada al fracaso.

No obstante lo antes resuelto, el Tribunal considera necesario examinar algunas circunstancias en las que se desarrolló el esquema mayorista para determinar si efectivamente los problemas que se presentaron en el suministro de equipos fueron los responsables de la debacle

económica del agente, como éste lo ha argumentado, y si en ello le cabe alguna responsabilidad al agenciado.

2.10. El esquema mayorista y el estudio de Oliver Wyman

En los hechos 43 y ss. de la demanda que se expusieron más atrás, la convocante pretendió establecer alguna relación entre el denominado por ella “estudio” elaborado para **Telefónica** por la firma de consultoría y asesoría Oliver Wyman, y los incumplimientos de aquella en la entrega de inventarios a través de los mayoristas.

El Tribunal encuentra que el supuesto estudio fue aportado con la demanda y obra con sus anexos a folios 20 a 37 del Cuaderno de Pruebas N° 3. El estudio como tal corresponde a un cuadro de una hoja titulado *R PN* elaborado en Excel, que en su extremo superior izquierdo dice “Confidencial” y en el derecho trae como fecha *14/09/2009*, que parece ser la de su impresión, y en el pie de página dice: *MOVISTAR NUEVO ESQUEMA – Ariel – Mercer Management Consulting*, en el cual se consignan una serie de valores referidos a la productividad de mayo de 2008 a diciembre de 2009 medida por número de equipos, ingresos y gastos del agente.

Respecto de su contenido y alcances pretendidos con su aporte, el Tribunal se remite al dictamen pericial practicado en el proceso, en donde con referencia a tal estudio se pidió a la perito absolver varios interrogantes, así:

En la pregunta 3.9. se le solicitó que determinara “*si el estudio contratado por Telefónica Móviles Colombia S.A. a Oliver Wyman, para la implementación en Colombia del esquema comercial denominado “operaciones comerciales en agentes” incluía lo siguiente:*”

3.9.1. Determinación del punto de equilibrio de cada uno de los puntos de venta, en particular la cantidad y referencias de equipos de telefonía

que se requerían para lograrlo;

La perito respondió de manera general: “para atender los interrogantes planteados en esa pregunta se contó con documentos en cuyo cuerpo se lee “OLIVER WYMAN”, sin calificar que corresponda a un “estudio contratado por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. a Oliver Wyman, para la implementación en Colombia del esquema comercial denominado “operaciones comerciales en agentes”; Y en lo que se refiere concretamente a la pregunta 3.9.1. expuso:

*“La información en la hoja titulada R PN y etiquetas en pie de página: SIMULACIONES MOVISTAR NUEVO ESQUEMA – Ariel v2 – Mercer Management Consulting – a folios 00026 (779) del expediente, Cuaderno No. 3 Anexo No. 27, para la productividad estimada entre los meses de mayo de 2008 y diciembre de 2009, contempla las cantidades de activations mes de manera general y no para la productividad de cada uno de los puntos autorizados o asociados a la red de ventas indirectos o puntos de venta definidos por Movistar, tampoco por referencias de equipos; razón por la cual **no se determina el punto de equilibrio de cada uno de los puntos de venta**” (Destaca el Tribunal).*

Y más adelante, respecto de un documento que obra a folio 34 del Cuaderno de Pruebas N° 3, titulado “ESTADO DE RESULTADOS COMPARATIVOS PROYECCIÓN ENERO A DICIEMBRE DE 2008”, del que no se sabe el autor pero se presume que fue parte de la información que el agente puso a disposición de la firma consultora Oliver Wyman para elaborar la simulación, la perito indica: “Sin embargo, respecto de la determinación del punto de equilibrio total contable (no de caja) en donde la utilidad neta de cada mes es cero al cubrir con los ingresos estimados los costos y gastos igualmente estimados (...) se encuentra que en mayo de 2008 el resultado de la utilidad es negativo y a partir del mes de junio de 2008 el resultado de la utilidad es positivo (...)”

En lo que se refiere a esta respuesta de la perito el Tribunal observa que

no satisface la pregunta, ya que se necesitaba establecer el punto de equilibrio respecto de cada punto de venta y no en forma general, tampoco se indicaron, como se preguntó, las cantidades de equipos necesarios para alcanzar tal cometido respecto de cada punto.

En la pregunta 3.9.3., con base en el mencionado estudio de Oliver Wyman se pidió a la perito determinar *“si se estableció cuáles serían las consecuencias de un desabastecimiento de equipos en las tiendas de cada agente comercial”*. La perito respondió que tal documento *“no señala”* cuáles serían tales consecuencias.

En la pregunta 3.9.5. se le pidió determinar *“si se previó el riesgo de que con la migración de un esquema comercial a otro se afectarían las finanzas de los agentes comerciales, en caso positivo, si se estableció un plan de contingencia para enfrentar dicha eventualidad”* a lo que respondió la perito que el mencionado estudio no previó los supuestos riesgos.

Con fundamento en el mismo estudio, en la pregunta 3.10 se pidió a la perito, en el caso particular de **Cellmóvil**, establecer (i) si esa sociedad era económicamente viable al migrar de un esquema a otro, (ii) si se establecieron condiciones mínimas para que ese agente pudiera operar en el nuevo esquema comercial, cuáles y si éstas se referían a un número de equipos por cada mensualidad; (iii) si **Telefónica** le suministró al agente durante los meses de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2008 el número de teléfonos que se indicaban en el estudio; y (iv) si indica cuáles eran las consecuencias para el agente en el caso de no contar con el número de equipos recomendado.

Luego de realizar un paralelo entre los esquemas comerciales y el de suministro de equipos, la perito se remitió al *Estado de Resultados Comparativos Proyección de enero a diciembre de 2009*, que se mencionó antes y concluyó que *“el acumulado de las proyecciones de enero a diciembre de 2009, que permite visualizar una utilidad antes del*

impuesto a la renta de \$2'505.666.220"; esta respuesta es incompleta, pues sólo se refiere al ejercicio proyectado de 2009.

Respecto del punto (ii) la perito señaló que *"teniendo como referente la información puesta a disposición por las partes en litigio con la expresión "condiciones mínimas", no se precisó al respecto relación alguna"*.

En cuanto al punto (iii) donde debía establecer si **Telefónica** había suministrado los equipos recomendados por el estudio mencionado, la perito sólo extrajo del cuadro las cantidades de equipos proyectadas para los meses de mayo a diciembre de 2008, pero no las comparó con las cantidades que efectivamente recibió el agente directamente de la agenciada o a través de los mayoristas.

Finalmente, sobre la pregunta (iv) contestó: *"en los citados documentos respecto de consecuencias económicas para el agente comercial en el evento de no contar con el número mínimo de equipos, no se encontraron recomendaciones"*.

Destaca el Tribunal que las conclusiones del dictamen, respecto del estudio en mención, se distancian radicalmente de la intención que pudo tener la parte convocante para el decreto de esta prueba, pues en su práctica no logró demostrar ninguno de los hechos propuestos en el cuestionario y, sin embargo, en lo esencial las respuestas no fueron materia de aclaración ni complementación y mucho menos fueron objetadas.

Para el Tribunal definitivamente el denominado estudio de Oliver Wyman no pasa de ser un ejercicio de simulación, un cuadro de proyección de ventas, ingresos y gastos que no generaba para ninguna de las partes – agente y agenciada- obligación alguna frente al resultado de tales proyecciones. El trabajo de ese consultor de **Telefónica** se limitó a ingresar en un validador una serie de cifras suministradas por el propio agente, sin considerar la intervención de **Telefónica** ni de los mayoristas, ni de otras variables económicas posibles, sin que se hubiese aportado

por demás respaldo alguno sobre el origen de tales cálculos, ni de las recomendaciones que se debían seguir para alcanzar las cifras; por lo anterior el documento en estudio sólo se puede considerar como un ejercicio de simulación financiera y no como fuente de obligaciones para las partes.

2.11. El papel de Telefónica en el esquema de suministro de equipos a través de mayoristas.

En capítulo anterior de este laudo el Tribunal hizo una descripción del esquema de suministro de equipos a través de mayoristas o de operadores logísticos y determinó que **Telefónica** no tenía responsabilidad en el manejo de inventarios ni suministro de equipos por haber contratado para el efecto a dos firmas expertas en el tema, hecho que no contraviene el contrato, que fue conocido oportunamente por los agentes y sobre lo cual no se hicieron reparos.

En el dictamen pericial, en las páginas 24 y 25, con información suministrada por la convocante, la perito presentó una comparación entre el sistema de suministro de equipos que se aplicó en vigencia de los contratos anteriores entre las partes, donde **Cellmóvil** denominó la actividad de distribución de equipos como "*Sistema Multinivel*", y el sistema de distribución de equipos en el esquema de *Operaciones Comerciales* que rige actualmente las relaciones entre las partes. De la comparación de los dos sistemas de inventarios, el Tribunal encuentra que en el sistema mayorista en el proceso de pedido, asignación, despacho, facturación y entrega de equipos en principio sólo se establecía una relación entre los agentes y la empresa mayorista.

Sin embargo, como se expuso también atrás, la dinámica de la operación imponía que **Telefónica** interviniera en esa relación a efectos de poder conciliar las cuentas entre telefónica-mayorista y mayorista-agente, en razón de la diferencia de los precios en que se vendían los equipos entre ellos y para solucionar inconsistencias de facturación y de

cartera.

La parte convocante alega que aun en el esquema mayorista **Telefónica** mantuvo la responsabilidad en la administración y asignación de equipos y, por ello, la responsabiliza de los problemas que se le presentaron en el suministro de terminales lo que la llevó finalmente a la imposibilidad de seguir ejecutando el contrato.

En el expediente obra documentación que informa sobre las dificultades que en el día a día se le fueron presentando al agente en el proceso de promoción y ventas por no disponer de suficientes equipos en número y referencia; de ello dan cuenta múltiples correos electrónicos cruzados entre el agente y el proveedor mayorista, así como entre éstos y **Telefónica** buscando su intermediación y/o solución.

La parte convocada ha descargado en el agente toda la responsabilidad de la insuficiente cantidad de equipos suministrados en número y modelo, y señala que fueron sus problemas de liquidez los que le impidieron pedir y obtener un mayor número de terminales para vender. Aunado a lo anterior, el hecho de que **Cellmóvil** no pagara a los mayoristas los equipos que sí había recibido desmotivaba en estos la intención de hacer nuevos despachos.

Examinado el acervo probatorio se deduce que efectivamente Cellmóvil tuvo problemas de cartera, pues como consta en el acta de 1º de abril de 2008, a esa fecha adeudaba \$188 Millones a Startech y \$786 Millones a Fastel (folio 8, Cuaderno de Pruebas N° 3), lo que pudo justificar que tales mayoristas no le siguieran despachando hasta tanto pagara esos créditos. Esta Acta está incompleta pues sólo tiene 2 de sus 3 hojas. Sobre las deudas con los mayoristas Cellmóvil suscribió acuerdos de pago en Actas 01 de 25 de noviembre de 2008 con Fastel por \$692.636.238 y en Acta sin número de 2 de diciembre de 2008 con Startech por \$32.782.189, lo que ratifica lo anteriormente expresado.

Pero de los comunicaciones cruzadas también se extraen otras

circunstancias por las cuales el agente no pudo contar con las terminales que solicitaba, por ejemplo se presentaron casos en que el propio mayorista no contó con determinadas referencias de equipos o sólo tenía un número limitado de ellos, igual se deduce la existencia de problemas en cuanto a reclamos del agente sin tramitar problemas de activación, falta de respuestas para procesos con corporativos, demoras en las entregas, entre muchos eventos, que en criterio del Tribunal, en una operación que involucra muchos agentes y en el caso particular de **Cellmóvil** un considerable número de puntos de venta, es normal que tales eventos se presenten en forma reiterada.

Así mismo se observa que en la mayoría de esos casos se presentó una intermediación directa de los funcionarios de **Telefónica** tratando de superar esos impases. El Tribunal encuentra que esa participación del agenciado en las relaciones entre mayorista y agente, no sólo es normal sino necesaria, pues en últimos es a él a quien puede afectar la reiteración de los contratiempos mencionados y por ello su afán en solucionarlos, y no por ello trasladaba o asumía la responsabilidad en el manejo y suministro de inventarios.

Con la práctica del dictamen pericial la convocante pretendió demostrar que en vigencia del esquema de operaciones comerciales en agentes y del esquema de suministro de equipos a través del canal de los operadores logísticos de inventario o mayoristas no recibió de **Telefónica** los equipos que en cantidad y referencia requería para cumplir con su operación.

Ya se vio atrás como para tal cometido, la convocante se limitó a tratar de vincular las proyecciones que hiciera el consultor financiero de la convocada Oliver Wyman con las cifras reales que constaban en los registros contables de las partes. Al respecto el Tribunal consideró que pretender deducir obligaciones de tal relación no resultaba procedente.

El Tribunal echa de menos en este proceso los estudios que dice haber

tenido en cuenta la actora para aceptar la propuesta que le hizo **Telefónica** para adoptar un nuevo esquema de negocios con puntos de venta propios; así como tampoco se conocieron los estudios que la propia agenciada hizo para cambiar de esquema.

En la pregunta 4.1. se pidió a la perito “*determinar las consecuencias económicas para Alianza Cellmóvil S.A. derivadas de las modificaciones a su esquema comercial con ocasión del acuerdo celebrado con Telefónica para mutar del esquema “multinivel” al esquema “operaciones comerciales en agentes (...)”*”

Luego de comparar los estados de resultados de los años 2006 a 2009, la perito concluye que “*los resultados económicos anuales se observan decrecientes junto con la disminución de la facturación y con los costos, gastos e inversiones, entre otros”*”

Toda vez que el Tribunal encontró que el contrato C-0815-06 se celebró con la intención de adoptar un nuevo esquema comercial y que no fue una simple modificación, no es posible vincular los nefastos resultados económicos con la decisión de las partes de “*mutar*” a otro esquema negocial, pues ellos se aplicaron en distintas vigencias contractuales.

Al analizar el comportamiento de las utilidades, que igualmente resultaron decrecientes y negativas desde el año 2008, la perito aportó, entre otros, las *Notas a los Estados Financieros* para cada anualidad; dentro de éstas llama la atención del Tribunal el siguiente aparte consignado en las Notas del año 2007: “*Los ingresos percibidos por nuestra relación como agentes comerciales de Movistar fue de 6.508.326.203 con lo cual tenemos unos ingresos operativos de 9.551.173.962,48*” (pág. 36).

Al examinar los estados de resultados del 2007 se observa que se consignó: *Ventas Netas \$9.551.173.962*, cifra que, como puede observarse, es idéntica a los ingresos operativos de ese año. Lo anterior

permite concluir al Tribunal que **Cellmóvil**, además de su actividad de agenciamiento para **Telefónica** en la que obtuvo ingresos por \$6.508.326.203 ese año, según dicen esas Notas, desarrollaba otras actividades distintas generadoras de ingresos y gastos, más sin embargo en el proceso no se demostró que la convocante hubiese llevado una contabilidad por centros de costos para registrar de manera separada los resultados de tales actividades, Así las cosas, el ejercicio comparativo de la perito no puede servir de base para atribuir sólo a la supuesta mutación de esquemas comerciales los nefastos resultados económicos del agente.

En este punto el Tribunal destaca lo afirmado por la convocante al hecho 46, en el sentido de que al supuestamente implementar las recomendaciones del consultor de Telefónica *“se empezaron a experimentar resultados positivos evidenciados en las cifras de julio, agosto y septiembre de 2008”*, afirmación que guarda relación con unas de las menciones que le fueron otorgadas al agente por su desempeño en ventas. Tal hecho aparece como contradictorio con los cifras sobre números de equipos suministrados a través del canal de los mayoristas durante esa época, así como con los resultados financieros reflejados en los balances de dicho año.

En varias de las respuestas del dictamen la perito relacionó los volúmenes de equipos que le entregó la agenciada antes de la implementación del esquema mayorista, los que adquirió de los mayoristas y los que figuran como Altas por mes en la contabilidad de **Telefónica**. Respecto de tales cifras, además de la observación de que en general fueron siendo inferiores mes a mes, el Tribunal no puede extraer conclusión adicional, pues carece de referentes que hubiesen aportado las partes producto de estudios o que hubiese establecido la misma perito para compararlas con las cifras informadas y de tal ejercicio establecer las reales cifras deficitarias de equipos.

Otra prueba que demuestra que el esquema de suministro de equipos a

los agentes a través del canal de los mayoristas no se concibió ni implementó de manera súbita e imprevista, la aporta el dictamen pericial:

En efecto, como Anexo del dictamen se aportó, entre otros, las “NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS A DICIEMBRE DE 2006”, (págs. 32 a 34), documento en el cual, respecto del Balance General, en la “Nota 7 – Cuentas por pagar” se consignó lo siguiente:

*“PROVEEDORES NACIONALES: Se incrementan considerablemente **debido a que la modalidad de Inventario recibido en consignación está cambiando a Compra de Inventarios**” (pág. 33), (Destaca el Tribunal).*

En el mismo sentido, respecto del Estado de Resultados de ese año, 2006, en la Nota 8 – “Ingresos Operacionales”, se expuso:

“Nuestros ingresos se basan principalmente en las comisiones originadas en la activación de teléfonos celulares a través de nuestro operador Telefónica Móviles Colombia S.A.

*Sin embargo, en este periodo cobra importancia el rubro de la venta de Equipos **debido a los cambios de política de Movistar, del manejo de inventarios propios y no en consignación, porque antes se reflejaba solo la comisión de la activación y ahora se incluye el valor de venta de los equipos.***

Aun se manejan las modalidades de equipos propios, en consignación y comisiones por activación”. (Destaca el Tribunal).

Los apartes de los informes contables y financieros de Cellmóvil que acaban de relacionarse demuestran que el suministro de equipos a través de los mayoristas fue un modelo conocido y empleado por el agente en el año 2006, pues a ese año es que se refieren las “Notas”, y como no se conoce la fecha exacta de cuándo se implementó, se podría suponer que mínimo lo fue desde la entrada en vigencia del contrato C-0815-06 el 1º de octubre de 2006, pero en todo caso fue antes del 7 de abril de 2007, momento en que se formalizó la entrada en

operación en forma exclusiva de un modelo que ya operaba.

Del Balance General a 31 de diciembre de 2006 destaca el Tribunal la partida INVENTARIO, según la cual en accesorios/teléfonos y tarjetas Prepago la compañía tenía \$572'572.334; la misma partida para el año 2007 indica que en Accesorios/teléfonos y tarjetas Prepago-Equipos Celulares la compañía contaba con \$1.638'573.442. Para el año 2008 dicha partida sólo ascendió a \$49'634.10 y para el 2009 a \$238'542.438.

Esta información contable, en lo que se refiere al año 2007, contradice lo afirmado por la convocante sobre el desabastecimiento de equipos causado por el sistema de suministro de equipos por compra a través de terceros, pues se puede ver que comparativamente en el año 2007, cuando desde abril ya estaba operando ese modelo de inventarios, a diciembre se contaba con una suma superior \$1.638 millones en inventarios.

Lo mismo se podría decir de las Ventas Netas registradas en el Estado de Resultados de 2007 (\$9.551'173.962) comparadas con las del año 2006 (\$13'113.029.306), ya que si bien para el 2007 fueron inferiores, igual lo fue el Costo de Ventas (\$6.176'866.126 frente a \$9.274'312.076), y en todo caso ese monto de ventas no es nada despreciable; además debe tenerse en cuenta que el contrato C-0815-06 rigió en el último semestre del 2006 y no se diferenciaron los sucesos económicos que se pudieron desprender del anterior contrato en los primeros meses del año, lo que hubiera permitido precisar los efectos en el cambio de contratos por cuenta del modelo de suministro de equipos a través de compra a los mayoristas.

De acuerdo al análisis probatorio que se ha hecho, el Tribunal considera que no resultaba extraño a la naturaleza del contrato de agencia celebrado entre las partes que los equipos que usualmente entregaba directamente el agenciado en consignación debían ahora ser adquiridos por el agente a través de un canal especializado autorizado

por Telefónica para el control y administración de inventarios, como se previó en el contrato; además ese manejo de inventarios a través de terceros no tiene relación directa con los pésimos resultados económicos que en adelante se le presentaron al agente; así mismo se concluye que no es posible relacionar los problemas que se pudieron presentar en el suministro de equipos a través de mayoristas con el esquema comercial de operaciones comerciales en agentes que empezó a regir desde marzo de 2008, pues el esquema de suministro de equipos a través de terceros, se había implementado y utilizado entre las partes, aunque no de manera exclusiva, no desde abril de 2007, sino incluso desde el año 2006.

Alega la parte convocante que **Telefónica** nunca perdió el control ni la responsabilidad en el suministro de equipos; el primer punto es totalmente cierto, pues así quedó establecido en el contrato (cláusula 2.3.); en tal sentido podía determinar marcas y modelos, homologaba equipos y restringía cuáles podían ser vendidos, definía precios, promovía acuerdos de pago entre esas partes; se reitera de estas actividades no se puede desprender reproche para la agenciada, por ser la más interesada en que los inventarios fueron debidamente controlados.

Cosa distinta es el tema de la responsabilidad en el suministro de equipos, tema que ya fue analizado por el Tribunal, encontrando que tal hecho era exigible sólo a los mayoristas en el periodo que estuvo vigente tal esquema.

Con base en lo expuesto el Tribunal ratifica las razones que lo llevan a desestimar las pretensiones 2.1. y 4.1. de la demanda

2.12. La buena fe en la ejecución del contrato.

Como se expuso anteriormente en este laudo, en la pretensión 2.3. se solicitó declarar que en virtud de la suscripción del "*documento*

denominado C 0815 – 06 del 17 de agosto de 2006” modificado por el “ANEXO 1 – CONDICIONES DE OPERACIÓN DEL PROGRAMA ‘OPERACIONES COMERCIALES EN AGENTES’ y que incluye el documento denominado ‘Anexo 9 – Condiciones de operación programa ‘Gestión y Atención a clientes Canal Presencial’”, **Telefónica** adquirió, entre otras, la siguiente obligación:

“2.3. Todas las obligaciones que se derivaron de la naturaleza del contrato celebrado, en especial la de ejecutarlo de buena fe, según lo previsto en el Art. 1603 del C.C.”

Y en la pretensión de la demanda 4.3. se pidió declarar que la antedicha obligación fue incumplida por la convocada.

El supuesto incumplimiento de **Telefónica** de su obligación de actuar de buena fe lo resume el apoderado de la parte convocante en el alegato de conclusión, así:

*“Las pruebas practicadas en este proceso han puesto de manifiesto que **TELEFÓNICA** actuó de mala fe en la ejecución del contrato de agencia comercial celebrado con **CELLMÓVIL** a través de diversas conductas, siendo las más sobresalientes el haber impuesto cambios en modelos comerciales sin informar su deseo de adicionar, en la ejecución de los mismos, modificaciones adicionales y trascendentales que afectaron el equilibrio contractual y menguaron la economía de la convocante sin tomar medidas que paliaran semejante situación; y cuando de manera sigilosa se apropió del mercado construido por **CELLMÓVIL** a lo largo de más de doce años de ejecución del contrato”.*

El Tribunal comparte los fundamentos teóricos que cita la parte convocante en su alegato sobre la obligación que tienen los contratantes de respetar y acoger los mandatos de la buena fe, principio contemplado en nuestra legislación civil, así: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo

que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella". (Art. 1603 del Código Civil)

En similares términos el estatuto mercantil dispone que: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural". (Art. 871 del Código de Comercio)

De acuerdo con este indiscutido principio de derecho, las partes de un contrato no sólo están sometidas a las expresas estipulaciones negociales, sino que además están forzadas a cumplir todo aquello que según la naturaleza de la obligación, la ley, la costumbre o la equidad pueda exigirse o esperarse de la convención que han celebrado; esta exigencia axiológica superior debe verse reflejada en la lealtad y honestidad en el actuar, en la convicción de no perjudicar al otro, de no defraudar la ley, en la confianza en la relación y colaboración entre las partes, que les permita satisfacer recíprocamente las expectativas del negocio y donde no le sean ajenas a los contratantes las vicisitudes o contratiempos que en un momento dado uno de ellos pueda estar experimentando y que no le permiten alcanzar sus objetivos en el contrato.

Así mismo advierte el Tribunal que no es suficiente con alegar la mala fe de la contraparte sino que es necesario demostrarla, según la presunción de derecho establecida en el artículo 769 del C.C.¹⁹

Descendiendo al caso en estudio, una vez examinado el acervo probatorio el Tribunal no encuentra que **Telefónica** haya quebrantado el principio de la buena fe comercial como lo alega la parte convocante. En efecto, las conductas objeto de reproche sobre las que descansa

¹⁹ "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

En todos los otros, la mala fe deberá probarse".

esta pretensión, según lo dicho en el alegato, consisten en: (i) imponer los esquemas comerciales, (ii) no informar sobre las modificaciones en la ejecución de los mismos; (iii) no tomar medidas que aliviaran el desequilibrio económico que las anteriores provocaron; y (iv) apropiarse del mercado construido por Cellmóvil durante 12 de ejecución del contrato.

En lo que se refiere al primer punto, el Tribunal ya precisó que la celebración del contrato C-0815-06 no es el resultado del constreñimiento de **Telefónica** para contratar, ni es fruto del engaño o de una intención maliciosa de causar daño al agente; el último contrato celebrado entre las partes es producto de una invitación que **Telefónica** hizo a sus antiguos agentes para que participaran en un nuevo esquema de negocios que el comportamiento del mercado imponía implementar para no quedar rezagados frente a la competencia; que si bien ese negocio estuvo enmarcado dentro de un contrato de adhesión, ello no le restó la posibilidad a **Cellmóvil** de aceptar si contrataba o no. Si bien se reconoció que el esquema comercial que utilizó el agente en vigencia de los otros contratos le producía beneficios económicos, no por ello la agenciada estaba obligada a mantener ese esquema en el nuevo contrato, cuando precisamente se diseñó para modificarlo y no precisamente en perjuicio del agente. La facultad que utilizó la agenciada para definir y modificar los esquemas de negocios que emplea para vender sus productos y servicios no constituye un acto de mala fe, sino que es un comportamiento previsible dentro del dinamismo de la telefonía móvil en el mercado nacional.

En cuanto a la supuesta falta de información de **Telefónica** sobre las modificaciones que se harían en la ejecución del contrato, el Tribunal encuentra que el aspecto que supuestamente fue modificado en la ejecución del contrato fue el referido al suministro de equipos a los agentes ocurrido en abril de 2007, donde se pasó de un esquema de entrega de equipos en consignación por la agenciada a un esquema de suministro por compra a través de mayoristas. En tal actuación el

Tribunal tampoco encuentra que la convocada haya actuado de mala fe, pues como quedó visto atrás, desde antes de la celebración del contrato C-0815-06, ese esquema de suministro de equipos ya estaba siendo implementado por **Telefónica** y en el propio contrato quedó estipulado que **Cellmóvil** únicamente podría promocionar la venta de los productos autorizados y homologados por la agenciada *“a través de canales especializados autorizados para su distribución y en los términos y condiciones establecidos por aquella en el Manual Operativo”* (cláusula 3.6). De tal suerte que desde la celebración del contrato se puso en ejecución ese esquema de suministro, que por demás ya venía siendo experimentando desde antes, con lo cual el agente compraba los equipos a los mayoristas; sin embargo, por razones que no quedaron demostradas en el proceso, tal esquema sólo se aplicó formalmente desde abril de 2007, por lo cual desde el inicio de la vigencia del contrato el 1º de octubre de 2006 y hasta ese momento **Telefónica** siguió entregando los equipos en consignación; pero cuando ésta decide utilizar exclusivamente el canal de los mayoristas para el suministro de los equipos, habiéndoles informado suficientemente a los agentes sobre el tema, tal decisión, que no se ideó con la intención de perjudicar al agente, es ajustada al contrato y no constituye un acto de mala fe. Aunque la compra de los equipos a los mayoristas no hubiese estado prevista en el contrato y hubiese surgido como una modificación al mismo, el Tribunal considera que ello tampoco hubiera sido contrario a derecho, pues de acuerdo al contrato la definición de los productos y servicios a promocionar y el suministro de los mismos son temas que le competen exclusivamente a **Telefónica**.

En cuanto a las eventuales fallas que se pudieron presentar en el suministro de equipos a través del canal mayorista el Tribunal considera que ello tampoco puede considerarse como actos de mala fe de **Telefónica**, pues tales contratiempos igualmente le perjudicaban a ella. Se reitera, que no es posible admitir que la agenciada concibiera un esquema comercial en contra de los intereses de los agentes, pues precisamente esa es la fuerza de ventas que le permite llegar al

mercado, y si comercialmente le va bien a los agentes, en últimas igualmente le irá bien a la compañía.

Respecto del punto tercero, relativo a la supuesta falta de colaboración de **Telefónica** con el agente para permitirle hacer frente a la crisis que debió enfrentar por causa de las modificaciones en los esquema comercial y de suministro de equipos, el Tribunal encuentra que está demostrado que la agenciada entregó a **Cellmóvil** un importantes apoyos económicos que en últimas buscaban darle salidas a los problemas de liquidez del agente. Así mismo se observa que **Telefónica** intercedió en varias oportunidades a través de sus funcionarios con los mayoristas a fin de solucionar algunas dificultades que se presentaron en ciertos momentos en la logística de suministro de equipos. Es más, tal y como está demostrado en el expediente, en el mes de abril de abril de 2008 y ante los problemas inventario que vivía el agente, **Telefónica** se ofreció a avalar los pedidos que hiciera **Cellmóvil** y solicitó que se le entregara un porcentaje del inventario de equipos, siempre y cuando éste celebrara acuerdos de pago con los mayoristas sobre la cartera que tenía vencida con ellos e hiciera los pagos. Si en ese momento no se formalizaron los acuerdos de pago, no podía la agenciada responsabilizarse por la cartera del agente. Los anteriores hechos permiten al Tribunal concluir que **Telefónica** no fue apático a los problemas de índole operativo y financiero que se le presentaron al agente.

Finalmente, y en cuanto al último aspecto, donde se señala que **Telefónica** en forma *“sigilosa se apropió del mercado construido por **CELLMÓVIL** a lo largo de más de doce años de ejecución del contrato”*, el Tribunal encuentra que tal hecho no quedó demostrado en el proceso.

Con la demanda se aportó un listado de los supuestos distribuidores que en el esquema de ventas a través de subdistribución empleó **Cellmóvil** en vigencia de los otros contratos de agencia, que éste denominaba

"*multinivel*", y que según el literal c) del hecho 37 de la demanda, el agente se vio obligado a ceder a **Telefónica**. Con el dictamen pericial se pretendió sin éxito demostrar que los antiguos distribuidores y subdistribuidores de **Cellmóvil** se habían convertido en agentes de Telefónica; así mismo se pretendió probar en el proceso que el agente se vio obligado a entregar su red de subdistribución como condición para participar en el esquema de negocios propuesto. Del examen del acervo probatorio el Tribunal encuentra que sólo quedó demostrado un caso de un antiguo distribuidor de **Cellmóvil** que se convirtió en agente de **Telefónica**; cualquiera que cumpliera, como **Cellmóvil**, con todos los requisitos que se exigían para actuar como agente, según las exigencias de la agenciada, no tenía por qué estar limitado para contratar; además, la entrega del listado de distribuidores fue un acuerdo entre las partes y no una imposición, por lo cual no es posible hacer reproche alguno a la convocada. Por demás, advierte el Tribunal que en el contrato de agencia los clientes traídos son de la agenciada y no del agente, tal y como se previó en la cláusula 2.1. del contrato C-0815-06 que señala: "*los clientes captados por el Agente son propiedad exclusiva de Telefónica, no devengando ningún tipo de utilidad ni confiriendo ningún derecho al Agente salvo la Remuneración*"

Por todas las razones expuestas el Tribunal no encuentra demostrado que **Telefónica** haya actuado de mala fe en la ejecución del contrato C-0815-06 y por ello negará la pretensión 2.3. de la demanda, y la consecencial 4.3.

2.13. La pretensión relativa al abuso del derecho.

En su demanda, la convocante imputa a la convocada una conducta abusiva durante la ejecución de sus relaciones contractuales, contraria a la buena fe, consistente en el aprovechamiento de una posición preeminente en forma dañosa e injusta para la convocante; y en función de ello formula su tercera pretensión.

Para examinar y despachar dicha pretensión, circunscrita, por las razones ya expuestas al contrato C-815-06, y en lo referente a la eventual configuración de un abuso de posición dominante, el Tribunal parte de que una situación de esa índole, con fundamento en el derecho vigente, tal y como lo reconoce y desarrolla la conocida sentencia de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de 1994 (magistrado ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo) invocada por la convocante, ha sido reconocida como constitutiva de abuso y, por ende, como fuente de indemnización contractual en el evento de causar daños al cocontratante. Y al respecto, se debe distinguir entre la conducta de la convocada con ocasión de la celebración y de la ejecución del contrato C-815-06, partiendo del hecho de su libre celebración por parte de la convocante, quien, en ejercicio de la autonomía contractual, podía haberse abstenido de adherir a él, contrato además precedido de la celebración y ejecución de otros contratos entre las mismas partes.

La preestipulación del clausulado de un contrato y su adhesión a él constituyen mecanismos de contratación usuales en la contratación contemporánea que se ajustan a la ley y que corresponden a la organización adoptada por un empresario en ejercicio de la libertad de iniciativa económica privada que la Constitución garantiza; y respecto de la inclusión de prerrogativas o “poderes” en cabeza del agenciado, el Tribunal ya ha señalado que ni se alegó ni se probó en el proceso que en los mismos concurriera alguna ineficacia o una causal de nulidad absoluta, que habría tenido que declarar de oficio, o de nulidad relativa o anulabilidad del contrato o de parte de su clausulado.

Así las cosas, le corresponde ahora al Tribunal centrarse en examinar si con ocasión de la ejecución del contrato de marras, la conducta del agenciado fue abusiva y dañosa, según lo sostiene la convocante. Y como ya señaló que dicha celebración fue el resultado de la adhesión por parte de la convocante al clausulado predispuesto por la convocada, debe ahora precisarse que, así como tal aceptación del

texto preestipulado por otro contratante no es en sí misma ilegal, tampoco lo es el hecho de que la parte preestipulante, además de esa circunstancia, se encuentre respecto de la parte adherente en una situación de preeminencia de hecho en función o con base en el propio contrato. A partir de esas dos premisas, que ninguna de las partes discute y que, inclusive, son aceptadas en forma expresa por la convocante en su alegato (p. 66), lo relevante, para efectos de este aparte del laudo, es determinar si con ocasión de la ejecución del contrato la convocada actuó o no de manera abusiva, valiéndose indebidamente de esa preeminencia, y causando daños a indemnizar a la convocante. Y debe reiterarse que, como ya se precisó en otro aparte de este laudo, en el contrato no se advirtió el establecimiento de ventajas desmedidas a favor del agenciado, ni de obligaciones desproporcionadas a cargo del agente. Sería, pues, un ejercicio excesivo o desviado de los poderes, normales, pero unilaterales, reservados para sí por el agenciado en este contrato, el que daría pie para el éxito de la pretensión que ahora se examina.

En síntesis, los abusos alegados por la convocante consistirían, en su sentir, en que:

- **Telefónica** invitó al agente a modificar el esquema comercial, sin informar que se cambiaría el esquema de distribución de equipos. Abusó de su derecho al ocultar sus verdaderas intenciones, en el cambio del mecanismo de suministro y distribución, trasladando el riesgo económico y fiscal de los equipos al agente comercial, cuando no hacía parte del modelo del contrato de agencia comercial previamente suscrito. (ver pruebas en el capítulo 4 literales H, I, J, K, L Y M). El cambio del sistema de suministro se configuró por la falta de lealtad de la convocada al imponer un modelo que afectaría la economía del agente y que los enfrentaría a serias dificultades derivadas de los problemas de conciliación, capacidad económica y el desabastecimiento. La convocante incluyó en su

alegato de conclusión un cuadro destinado a ilustrar las diferencias entre el sistema de consignación y el mayorista (pág. 67).

- Además de importar el modelo de operaciones de España sin previo aviso, tampoco realizó los estudios del impacto económico que ello produciría a los agentes.
- Se benefició indebidamente de la responsabilidad tributaria del suministro de equipos, especialmente del IVA.
- Trasladó sin una correlativa prestación al agente los gastos de custodia de los equipos y el riesgo de tener que adquirirlos y conservarlos así no se pudieran vender.
- Se apropió del mercado de los agentes, mediante la vinculación como nuevos agentes, de sus principales subdistribuidores, a quienes sin advertencia previa convirtió en su competencia.
- Con una justificación contraria a la realidad, dio orden de devolución de equipos.
- Competió deslealmente con sus agentes pues para su canal CVS reservaba, bajo el sistema de mayoristas, suficiente cantidad de equipos y modelos.
- Enfrentó a **Cellmóvil** a la necesidad de apalancarse en el mercado bancario para contar con liquidez para adquirir equipos para la venta.
- Aplicaba como sanción por fraude el 100% del valor del equipo, aunque, según lo han manifestado sus representantes, no era la agenciada quien suministraba los equipos al agente.
- No atendió los requerimientos de ayuda para el suministro de equipos.
- Con el montaje del esquema de operaciones comerciales ocultó la verdadera intención, que era apropiarse del mercado construido por **Cellmóvil**.
- Simuló a través de su red mayorista, no ser responsable del suministro de equipos, lo cual resultó no ser cierto, eludiendo su responsabilidad fiscal y contractual, pero al mismo tiempo teniendo un detallado control sobre los mismos.

- El abuso del derecho se configuró no sólo por el ejercicio malintencionado de atribuciones contractuales sino también como consecuencia de los incumplimientos a obligaciones que el contrato y la ley le imponen.

Al respecto, y teniendo en cuenta el acervo probatorio y el examen detallado que ya ha hecho el Tribunal acerca de lo pactado y de la forma en que se ejecutó el contrato, se deben ahora hacer las siguientes consideraciones, respecto: i) de las conductas, tanto activas como omisivas, que la convocante endilga a la convocada y que, en su sentir, son constitutivas de un abuso dañoso; y ii) del propósito que le atribuye a la decisión unilateral de **Telefónica** de cambio al sistema de distribución.

A. La convocante ha afirmado que la modificación del sistema de suministro y distribución de equipos fue sorpresiva para **Cellmóvil**, y puesta en práctica con posterioridad al cambio de esquema comercial impuesto al agente. Funda su aserto, entre otras, en las siguientes pruebas:

- En el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la convocada, páginas 3 y 8.
- En el Anexo 14 de la demanda, correspondiente a la presentación del modelo denominado “modelo de gestión y atención de clientes”, señalando que en él nada se informa sobre el cambio en el sistema de suministro de equipos.
- En el dictamen pericial, página 24, en el que se informa que el esquema mayorista inició el 19 de noviembre de 2007.
- En el Anexo 23 de la demanda, que contiene la explicación del “esquema mayorista” que implicó la venta de equipos abandonando la consignación, y que informa que el nuevo modelo empezará a regir el 19 de noviembre de 2007.
- En las declaraciones de los testigos Jan W. Lelie. Pág. 16 y Juan Pedro Araujo, página 24.

Al despachar desfavorablemente las pretensiones segunda y cuarta de la demanda, el Tribunal examinó a espacío el alcance y sentido de las obligaciones y derechos surgidos del contrato, destacando cómo las actividades del agente debían desplegarse de conformidad con un "Manual Operativo" susceptible de ser modificado unilateralmente por **Telefónica** de conformidad con sus políticas generales (cláusula 3.3.); y a ello se suma el análisis ya llevado a cabo acerca del denominado "esquema mayorista" que sustituyó el sistema de consignación, teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula 2.3.1. del contrato acerca de las características específicas de los productos y servicios a que en ella se alude, así como en su cláusula 2.3.3., en la que expresamente se estipuló, se reitera, que el agente promovería la comercialización de productos y servicios a través de canales especializados autorizados para su distribución y de conformidad con el Manual Operativo ya mencionado. A todo ello se añade el compromiso asumido por el agente en el anexo 9 sobre condiciones de operación del programa "Gestión y atención a clientes canal presencial", en cuya primera cláusula se señaló que éste debía contar con el inventario de teléfonos y sim cards requeridos.

Y así como de tales documentos contractuales se concluye, como ya lo hizo el Tribunal, que **Telefónica** no contrajo la obligación de suministrar equipos a los agentes, de ellos surge también la conclusión consistente en que tampoco se contrajo la obligación de mantener un sistema dado de suministro de los mismos. Y sentada esta premisa, se echa de menos la prueba referente a que la implementación del sistema de venta de los mismos a través de los mayoristas hubiera sido "sorpresiva", esto es, intempestiva e irrazonable, de manera que pudiera atribuírsele a **Telefónica** un ejercicio desviado o desmedido de una clara potestad contractual que aparejaba el compromiso, igualmente claro de la convocante consistente en contar con el inventario adecuado para llevar a cabo la agencia.

Por el contrario, en el ya destacado documento recaudado en la inspección judicial practicada en las oficinas de la convocada que fue enviado por ésta el 13 de diciembre de 2006 a los agentes, se informó de la entrada en operación del operador logístico Fastel; y el Tribunal ya fundamentó por qué encontró que dicho sistema de distribución fue puesto en ejecución en forma casi simultánea con la celebración del contrato, entre otras cosas, con base en el reconocimiento de la propia convocante.

También en este laudo se ha señalado cómo, desde agosto de 2006, es decir, antes de la entrada en vigencia del contrato, la intervención de uno de los mayoristas, Fastel, ya estaba prevista para efectos de reposición y renovación de equipos. Y tan es así, y ello resulta concluyente para descartar el carácter "sorpresivo" de la adopción de dicho sistema de distribución, que se acreditó documentalmente que la propia convocante (cuaderno de pruebas 7) al elaborar las proyecciones del 2007, en una matriz "dofa" , incluyó entre las debilidades advertidas la que llamó "El abastecimiento de inventario por compra". Dicha consideración de la propia convocante por sí misma descarta esa supuesta intempestividad en el cambio del sistema de distribución a través de mayoristas y, simultáneamente, demuestra que este último pudo ser evaluado por el agente para efectos de la consideración de las "debilidades" y "amenazas" (que es otra de las categorías que se usan en la mencionada matriz Dofa) a considerar al elaborar las proyecciones del ejercicio de 2007, es decir, al considerar en forma anticipada la planeación y previsión de su actividad de promoción.

B. La convocante también se refiere al mencionado abuso mediante otra serie de afirmaciones y argumentos que pueden examinarse conjuntamente. Para el efecto sostiene:

1. Que bajo el nuevo esquema de suministro y distribución de equipos, los agentes comerciales, entre ellos **Cellmóvil**, vieron afectado en

forma grave su capital de trabajo así como sus ingresos. E invoca en sustento de su afirmación las siguientes pruebas:

- Declaración de los testigos: Pablo Andrés Lozano, página 11, 12, 15 Y 25. Jan W. Leile, páginas 16 y 17. Arturo Bernal, página 4.

Se destaca de la declaración del Señor Lozano *"ya en la parte tributaria toda, no es lo mismo comprar, la parte tributaria lo afectó notoriamente en la caja, afectaba por IVA y por retención en la fuente, porque es que antes quien pagaba la retención era Telefónica"*.

- Dictamen pericial respuesta a la pregunta No 4.1. páginas 28 y 29, demuestra el inmenso deterioro que se produjo en el estado de resultados de **Cellmóvil** a partir del año 2007 y en especial los años 2008 y 2009, período en que se puso en marcha el sistema mayorista.

2. Afirma que **Telefónica** adoptó e impuso el nuevo esquema de suministro y distribución de equipos sin analizar el efecto que ello produciría en la economía de **Cellmóvil**. Y como prueba de ello invoca:

- Declaración de los testigos: Arturo Bernal, página 6 y Juan Pedro Araujo, páginas 56, 57 y 58.
- Dictamen pericial, respuesta a la pregunta 3.9.5

3. Que **Telefónica** adoptó el nuevo esquema de suministro y distribución de equipos, sin prever que los cupos de crédito de los operadores mayoristas a los agentes, no les permitirían contar con el suficiente número de equipos para atender la demanda de los usuarios. Y para el efecto se remite a las siguientes pruebas:

- Declaración de los testigos: Pablo Andrés Lozano, páginas 4, 5,

22,26, 27, 28, 32 y 33; Diana Rivera, página 16.; y Arturo Bernal, páginas 8, 9 Y 10.

- Anexo No 28, folio 1383 de la demanda, es un correo electrónico de 4 de abril de 20087 enviado por Fastel a **Cellmóvil**, en el que se indica que no se puede solucionar el problema de existencias que tiene un año de antigüedad en dos días.

4. Que **Telefónica** contrató a los operadores mayoristas sin dimensionar las dificultades a las que estos se enfrentarían al canalizar los equipos hacia los agentes comerciales y sin prever que la mala calidad de la información controlada por ella produciría bloqueos de cartera, por falta de conciliación. Las pruebas que invoca son las siguientes:

- Declaración de los testigos Pablo Andrés Lozano, Arturo Bernal, Jan W. Leile, Iván Mauricio Vélez y Luis Carlos Díaz.
- Dictamen pericial, respuesta a la pregunta 4.2 y 4.3 que demuestran el efecto altamente negativo que sobre las finanzas del agente tuvo la deficiencia en el suministro de equipos.
- La cartilla presentada en el anexo 8 de la demanda, demuestra que fue **Telefónica** la que impuso el texto pre impreso del contrato.
- Testimonio de Juan Pedro Araujo. Páginas 47 y 48.
- Testimonio de Camilo Alberto Gutiérrez. Página 3.

5. Que los comportamientos abusivos, incumplimientos, falta de lealtad de **Telefónica** fueron los que causaron el colapso económico, y aduce en sustento la siguiente prueba:

- Dictamen pericial, páginas 28 y 29, que demuestra el deterioro económico de la convocante entre los años 2006 y 2009

Todas estas afirmaciones de la convocante tienen como común denominador el atribuirle a la convocada una falta de previsión, que o fue desleal o que habría sido negligente, y que en cualquiera de esas dos hipótesis implicaba un ejercicio desviado de un poder contractual

causante directo y exclusivo de un daño económico. El Tribunal ya fundamentó por qué estimó probado que el cambio de sistema de distribución no fue caprichoso, sino el producto de un análisis de la agenciada orientado a mejorar el manejo de inventarios y suministro de equipos frente a los problemas advertidos en materia de control de inventarios, pérdidas de equipos y asignación de cupos a los agentes. Además, entonces, de contar con el soporte contractual expreso que representa la cláusula 3.6 al prever que **Telefónica** se apoyaría en canales especializados autorizados para la distribución de los equipos, se advierte que el agenciado, en ejercicio de su libertad de iniciativa económica introdujo un cambio acorde con su interés lícito de llevar a cabo de la mejor manera el negocio cuya promoción contrató con el agente, sin que pueda afirmarse, por falta de la prueba al respecto, que planeó desarrollarlo a expensas de éste.

En el aparte denominado " El papel de **Telefónica** en el suministro de equipos a través de mayoristas", el Tribunal ya precisó los fundamentos fácticos, probados en el proceso, y las razones de derecho con base en los cuales concluyó que, efectivamente, el agente afrontó la situación consistente en la insuficiencia de equipos, derivada de circunstancias tales como los problemas de activación o las demoras de entregas que, como ya se dijo en dicho aparte, no son sucesos extraordinarios en operaciones de las características propias de la agencia que ha generado este litigio y que, se agrega ahora, ocurren en medio y a pesar de la previsiones normales de las partes, sin que de ello pueda deducirse la existencia de un abuso por una supuesta omisión de un deber de previsión que no puede considerarse a cargo del agenciado, pues por su naturaleza, la agencia impone al agente el deber, concomitante con la independencia que le es propia, de llevar a cabo las previsiones que correspondan a los riesgos que asume con ocasión de la promoción que se le encomienda y que asume a cambio de la remuneración pactada.

El contrato C-0815-06, como ya lo dijo el Tribunal, fue celebrado con el propósito de adoptar un nuevo esquema comercial, el cual no fue ni sorpresivo ni caprichoso. Si resultaba exitoso o no como reemplazo del anterior era, en el momento de su adopción, incierto para ambas partes; y no puede responsabilizarse a **Telefónica** de si su puesta en ejecución para la agenciada, tal y como lo registra el dictamen pericial rendido en este proceso con base en los resultados de la convocante del 2006 al 2009, conllevó para ésta resultados económicos anuales decrecientes, así como disminuciones en facturación. Tales efectos, independientemente de si eran o no previsibles, eran tan aleatorios para el agente como para la agenciada, y cada uno, en el ámbito propio de su respectiva independencia empresarial, y dentro del marco de cooperación propio de la agencia comercial, asumió el respectivo riesgo, sin que pueda imputársele a la convocada una supuesta conducta abusiva, desleal o negligente que afectara en forma indebida la asunción de riesgos por parte del agente por el hecho de no haber llevado a cabo provisiones a las cuales no estaba obligada, ni según lo pactado ni de conformidad con la naturaleza de la agencia comercial, ello con fundamento en el principio de la buena fe contractual.

Además, y como los resultados económicos de la convocada no dependían única y exclusivamente de su relación con la agenciada, puesto que en ello incide el resultado de otras actividades y de decisiones de éste, la ausencia de un centro de costos asociado al contrato entre agente y agenciado en la contabilidad del agenciado impide establecer, con la certeza probatoria requerida para el éxito de la pretensión de la convocante, que el deterioro económico de ésta hubiera tenido su causa exclusiva y determinante en la ejecución de la agencia de acuerdo con el nuevo sistema de distribución, prueba ésta que, de existir, tampoco sería suficiente para deducir de ella que, además, ese resultado nocivo fuera derivado de una conducta abusiva del agenciado.

El Tribunal debe señalar que, de acuerdo con la definición legal de la agencia comercial prevista en el artículo 1317 del Código de Comercio, el agente asume un encargo de promoción y explotación “...en forma independiente y de manera estable”. Esa independencia y estabilidad, en forma acorde con la naturaleza del contrato, entendida ésta en los términos del artículo 1501 del Código Civil, que es aplicable en materia comercial de conformidad con el principio consagrado en el artículo 822 del Código de Comercio, implican que el agente asume los costos y gastos que le demanda la cabal ejecución de su encargo y que, en consecuencia, es a él a quien le corresponde evaluar los riesgos que conlleva la promoción del encargo.

Es claro que el contrato de agencia implica la cooperación entre las partes, de tal manera que el comportamiento de ambas debe propiciar el cumplimiento del fin del contrato; el Tribunal encuentra que al modificar el sistema de distribución en forma unilateral, el agenciado buscaba propiciarlo, y de ello dan cuenta los antecedentes de la celebración del contrato que ya ha sopesado el Tribunal, y de los cuales corresponde destacar ahora, tal y como lo hizo la convocada, los que acreditan por qué, en atención a la necesidad de mejorar la denominada “capilaridad” (de lo cual dan cuenta testimonios y documentos ya estudiados en este laudo) se buscó fomentar el establecimiento de puntos propios dejando que el agente tomara sus propias decisiones al respecto, por lo cual la evaluación del mantenimiento, aumento o disminución de los mismos, con sus consecuentes costos, era un asunto cuya evaluación le correspondía al agente. Ocurre lo mismo en lo que se refiere a las diferencias de costos que entraña, como lo ponen de relieve la cuestión tributaria y la necesidad de contar con recursos para la compra de equipos al mayorista, el mencionado cambio de sistema.

Y debe añadirse que no se acreditó que el agenciado controlara las decisiones de los mayoristas, como lo puso de relieve el testimonio del exfuncionario de Startech Pablo Andrés Lozano a propósito de cómo se

definían las entregas de equipos, en función de que el agente estuviera a paz y salvo, asignación de un cupo de crédito o contara con el “aval” de **Telefónica**, declaración que merece credibilidad al Tribunal, pues es acorde con la estructura de riesgos de la relación que se trababa entre el mayorista y los agentes compradores, ni que problemas tales como los presentados en el sistema mayorista a propósito de los cupos de los agentes y de la información referente a las conciliaciones, fueran el resultado de una falta de previsión imputable al agenciado en el momento de adoptarlo, y constitutiva de un supuesto abuso.

En este contexto, es relevante también la conducta adoptada por la propia convocante, la cual, como lo señala la convocada, continuó con la ejecución del contrato una vez modificado el sistema de distribución sin que se haya probado que formulara reparos o propusiera cambios al respecto, estando probado, en cambio, que el contrato fue modificado en varias ocasiones, una de ellas, a través del Programa de Gestión y Atención a Clientes en el Canal Presencial, mediante un anexo que obra en el expediente y que se introdujo al contrato en septiembre del 2008, esto es, como lo destaca la convocada, muy poco antes de que **Cellmóvil** decidiera suspender el contrato .

C. En materia de abuso, además de la desviación respecto de la finalidad social del derecho ejercido, es relevante también la finalidad de dicho ejercicio; y en la práctica, la desviación en cuestión generalmente es consecuencia de la existencia de un propósito indebido. En ese orden de ideas, debe ahora el Tribunal examinar dos afirmaciones de la convocada respecto de la finalidad que le atribuye a **Telefónica** al decidir y adoptar el cambio de sistema de distribución.

1. Sostiene la convocante que el propósito perseguido por **Telefónica** al cambiar el esquema de suministro y distribución de equipos consistió en trasladar a los agentes comerciales el riesgo físico, económico y fiscal del negocio de los terminales, para liberar el flujo de caja de la

agenciada.

Los medios probatorios que invoca para tal efecto son los siguientes:

- Declaración de los testigos Arturo Bernal, Página 2 y 4, Juan Pedro Araujo, Pág. 4 y 5.

Se destaca de la declaración del testigo Bernal el aparte en el que manifiesta que *“uno era que se suponía que con un esquema mayorista iba a hacer un modelo de demanda y tenía que haber mucho más movimiento de inventario hacia los agentes y por el otro lado bajar la responsabilidad de Telefónica sobre todo el inventario que era un atractivo de bastante valor y era más tratando de traerse un modelo que ya existía en España en donde los agentes comerciales simplemente compraban inventario”*.

- Dictamen pericial, páginas 24 y 25, que en su opinión, evidencian que comparando el sistema de consignación y el mayorista implicó para el agente unas exigencias de carácter económico, financiero contable y tributario.

Al respecto, basta con decir que el efecto del traslado de dicho riesgo es lícito, no fue oculto y pudo ser advertido y evaluado por el agente, como se examinó ya al descartar el carácter “sorpresivo” de la modificación del sistema de distribución, de tal manera que si el propósito de obtenerlo hubiera sido el móvil determinante o único del cambio de sistema, no podría reprochársele al agenciado su búsqueda. En el contrato de agencia, de acuerdo con su estructura legal, el agente persigue a cambio de la promoción asumida la remuneración pactada a su favor, y si ella satisface las expectativas de ganancia del agente o no es una cuestión que le corresponde evaluarla a él, teniendo en cuenta, como es propio de la ejecución de todo negocio, qué costos y qué necesidades de recursos le demanda el cumplimiento del contrato.

2. En el alegato de conclusión, la parte convocante afirma que *“Cuando Telefónica tomó la decisión de modificar el esquema comercial, tuvo como propósito desmontar la subdistribución y apropiarse de dicha red vinculando a los más importantes subdistribuidores como nuevos agentes comerciales, aprovechando así la capacitación y profesionalización que les habían dispensado sus agentes comerciales, apoderándose en consecuencia del mercado que durante varios años había construido y desarrollado Cellmóvil”*.

Esta afirmación se basa en las siguientes pruebas:

- Declaraciones de los testigos Juan Pedro Araújo, Iván Mauricio Vélez, Diana Rivera, Pablo Andrés Lozano y Freddy Márquez.
- Interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de **Telefónica** Martha Elena Ruiz Granados.

Cuando un derecho o poder contractual se ejerce de manera desviada respecto de su finalidad económica social o de la intención común de los contratantes, el simple propósito igualmente desviado suele ser de difícil o imposible prueba directa, y lo corriente es recurrir a los efectos o consecuencias directas de dicho ejercicio, para, una vez acreditados, con base en ellos inferir su causa. En este caso, entonces, el asunto a examinar consiste en que, como se ha probado que en forma concomitante con el cambio del esquema comercial, **Telefónica** incrementó su número de agentes comerciales respecto de los que poseía antes del 2005, tal y como lo señaló la representante legal de **Telefónica**, quien certificó que de 71 agentes a abril del 2005 y 69 en diciembre de 2006, pasaron a 539 en diciembre de 2007 y a 632 en diciembre de 2008, es necesario establecer si dicho incremento puede ser considerado como el resultado de una conducta dirigida a despojar a los agentes de su red comercial y apoderarse de un mercado y, por ende, abusiva y desleal. Y puesto que el sistema de distribución mayorista ha sido abandonado posteriormente por **Telefónica**, cabe

preguntarse si ello confirmaría o no la tesis de la convocante, según la cual la convocada diseñó y ejecutó una estrategia orientada a arrebatarle la red comercial que ella formó, dando lugar a una indemnización a favor del agente, en los términos de la jurisprudencia arbitral invocada por la convocante, según la cual, *“en efecto el agente, a través de su trabajo independiente, abre o al menos mantiene un mercado para el llamado empresario, del cual este se beneficia cuando, por cualquier causa, dicho agente resulta desplazado o sustituido, produciéndose así un beneficio en cabeza de dicho empresario que (..) merece compensación adicional, como prevé el ordenamiento respectivo (..)”* Laudo arbitral, Valores y Descuentos Vs Bellsouth Colombia. 2002.

Al respecto, el Tribunal observa que, efectivamente, una de las consecuencias de la adopción del sistema de distribución a través de mayoristas consistió en que algunos agentes se retiraran y que otros disminuyeran su red de subdistribuidores al recurrir a puntos propios, y que, concomitantemente, **Telefónica** aumentó sus propios agentes comerciales. Y aunque no existe la prueba referente a constatar si un número significativo de ellos corresponde o no a antiguos subdistribuidores, ya presentes en el mercado bajo el sistema anterior, es posible y razonable suponer que entre estos agentes de **Telefónica** se encuentren personas que tengan ese bagaje. Ahora bien, basta esa concomitancia, unida al posterior abandono del sistema de distribución a través de mayoristas para probar que el despojo ilícito, abusivo y dañoso que plantea la convocante fue perseguido por la convocada a través del sistema que adoptó en forma unilateral?

El Tribunal no llega a esa conclusión por varias razones. Ello no era una consecuencia necesaria de la adopción del nuevo sistema, y era no sólo previsible para los agentes, pues era de su conocimiento que ellos podían coexistir con el sistema propio de **Telefónica** y el de los agentes, sino que **Telefónica** no controlaba la decisión de los agentes acerca de continuar o no bajo el nuevo esquema, como tampoco controlaba las

decisiones de los distribuidores en función de ello. Ese carácter eventual de la vinculación de los subdistribuidores con **Telefónica** no elimina por sí misma la posibilidad de que **Telefónica** buscara apoderarse de la red de sus distribuidores, pero, aun si hubiera sido así, no puede afirmarse que los problemas presentados en el esquema mayorista en las relaciones entre tales mayoristas y los agentes formaran parte de un designio supuestamente orientado a despojar a los agentes de su red, como quiera que el interés propio de los mayoristas en el desarrollo de su respectiva actividad, y cuya independencia respecto de **Telefónica** no fue desvirtuada en el proceso, permite descartar que ellos fueran “usados” con el propósito de adoptar temporalmente un sistema destinado a desmantelar a los agentes, connivencia ésta hipotética que no fue probada.

Y en segundo lugar, el hecho ya destacado en otro aparte del laudo, consistente en que el contrato celebrado entre **Telefónica** y **Cellmóvil** estaba sujeto a un plazo, breve por lo demás, permite concluir que la convocante podía prever que expirado éste, sus subdistribuidores, salvo pactos que él acordara con ellos y que escaparan del examen de este Tribunal, quedaban en completa libertad de desempeñar su actividad vinculándose o no a **Telefónica**. Y conviene destacar que cuando un agente asume la labor de promoción que constituye el objeto del contrato de agencia promueve el negocio del agenciado (Código de Comercio, artículo 1317), por lo cual no es sorprendente que si usa subdistribuidores éstos puedan decidir vincularse a éste, ello sin perjuicio de que si el agenciado acude a medios desleales para desorganizar la organización propia de su agente o para desviar su clientela, actos éstos expresamente prohibidos en los artículos 8 y 9 de la Ley 256 de 1996, el competidor afectado pueda iniciar las acciones pertinentes.

Por las razones expuestas, no prosperará la pretensión tercera de la convocante, y así se decidirá en la parte pertinente del laudo.

2.14. Las prestaciones económicas a cargo de Cellmóvil.

En la pretensión 5. **Cellmóvil** solicita declarar que *“como consecuencia de las precedentes declaraciones, que las prestaciones económicas vigentes y a cargo de **ALIANZA CELLMÓVIL S.A.** en favor de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** carecen de causa legal y contractual.*

Teniendo en cuenta que la pretensión quinta de la demanda es consecuencial de las pretensiones inmediatamente anteriores y que estas no están llamadas a prosperar por las razones antes expuestas, el Tribunal negará igualmente la prosperidad de esa petición.

2.15. La falta de previsión en la estructuración del contrato.

En la pretensión 6. de la demanda se pide declarar que **Telefónica** *“es responsable de falta de previsión en la estructuración del esquema comercial que denominó “operaciones comerciales en agentes”, comportamiento del cual se derivó la afectación financiera del agente **ALIANZA CELLMÓVIL** hasta el punto de llevarla al colapso económico”.*

Tampoco está llamada a prosperar esta pretensión por cuanto, como ha quedado analizado, no aparecen en el expediente elementos de prueba que permitan estructurar la responsabilidad reclamada en esa solicitud.

2.16. La terminación del contrato.

En la pretensión 7 la parte convocante solicita declarar, *“como consecuencia de las precedentes resoluciones, terminada la relación comercial de agencia comercial, por incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**”* En la contestación de la demanda la convocada se opuso a todas las pretensiones.

Conforme ha quedado expuesto en este laudo, ninguno de los incumplimientos imputados a **Telefónica** por la convocante pudo ser demostrado. En efecto, no se probó que la convocada hubiera incumplido con el suministro de equipos, ni con la adecuación de las tiendas del agente, ni que haya abusado de sus derechos en ejercicio de su posición de preeminencia, o que haya actuado de mala fe, ni que la implementación del esquema comercial de Operaciones Comerciales en Agentes fuese producto de la falta de previsión del agenciado.

En ese orden de ideas, al haberse formulado la pretensión 7 como consecencial de las anteriores, no puede acogerse dicha pretensión.

2.17. Los perjuicios reclamados por la convocante

Toda vez que no prosperaron las pretensiones declarativas, de las que pudiera derivarse alguna carga insatisfecha de la convocada generadora de perjuicios, las pretensiones consecuenciales correrán la misma suerte y por ende en la parte resolutive de este laudo se negaran las súplicas contenidas en las pretensiones 8., 9. y 10.

3. LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

3.1. “Inexistencia de los incumplimientos alegados”

El Tribunal debe precisar que no obstante que en esta excepción la convocada se refiere, para negarlos, a tres hechos como constitutivos de supuestos incumplimientos, la verdad es que el debate no se refirió ni a las variaciones en la forma de pago pactadas, ni al cambio de los modelos contractuales, sino que se centró en las fallas en el suministro de teléfonos y en los problemas en la adecuación de las tiendas del agente.

Al resolver las pretensiones 2.1 y 2.2. y sus consecuenciales 4.1. y 4.2. el

Tribunal no encontró probado que **Telefónica** hubiera incumplido las obligaciones emanadas del Contrato C-0815-06, en lo que se refiere al suministro de equipos y la adecuación de los locales de **Cellmóvil**; igualmente se alegó que la convocada incumplió la carga contractual de actuar de buena fe en la ejecución del negocio, lo cual el Tribunal tampoco encontró probado al estudiar las pretensiones 2.3 y su consecuencial 4.3.; por lo anterior, se declarará probada esta excepción.

3.2. “Inexistencia de las obligaciones que se presentan como incumplidas”

No obstante que esta excepción fue formulada en forma genérica, sin mayor elaboración fáctica y probatoria, el Tribunal considera que ella se refiere a la defensa de la convocada tendiente a desvirtuar las pretensiones 2.1. y 2.2. de la demanda, en cuanto a que contractualmente **Telefónica** no adquirió obligación alguna respecto de la adecuación de tiendas y suministro de equipos. Los argumentos expuestos por el Tribunal para resolver estas pretensiones igualmente permiten acoger parcialmente esta excepción en la medida que, en cuanto a la adecuación de los locales de **Cellmóvil**, quedó probado que la convocada sí adquirió el compromiso de hacer adecuaciones locativas, pero sólo para adaptar los puntos de venta propios de la convocante a la imagen institucional y publicitaria de la agenciada. En cuanto al suministro de equipos el Tribunal encontró que mientras entró en operación exclusiva el esquema de suministro de terminales, en abril de 2007, a través de los denominados mayoristas, la convocada entregó equipos al agente sin incumplir tal obligación, con unos requisitos prefijados para el efecto.

3.3. “Suspensión injustificada del contrato por parte de Alianza Cellmóvil”.

Teniendo en cuenta que el Tribunal al estudiar la pretensión séptima de

la demanda ha considerado que no hay lugar a declarar terminada la relación comercial por incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones de la convocada, resulta innecesario efectuar el estudio de la excepción tercera por cuanto ella se encaminaba a una declaratoria relativa a que la causa de la terminación del contrato no era atribuible a Telefónica sino a Cellmóvil.

En esos términos ante la falta de prosperidad de esa pretensión, el Tribunal se encuentra relevado de efectuar mayores análisis sobre la excepción en comento.

3.4. “Comportamiento contrario a sus propios actos, mala fe de la convocante”

Quedó demostrado que al momento de suscribir el Contrato C-0815-06 **Cellmóvil** no formuló reparo alguno y por el contrario afirmó en el proceso que su adhesión al negocio propuesto por **Telefónica** fue producto de análisis económicos, consultas generales y particulares sobre el nuevo esquema comercial. Así mismo, quedó en evidencia que no elevó protestas en abril de 2007 al momento de entrar en vigencia el denominado esquema mayorista, ni en marzo de 2008 cuando se formalizó la entrada en operación del esquema de Operaciones Comerciales en Agentes. Tampoco demandó la ilegalidad de alguno de esos esquemas implementados. Y en cuanto a su comportamiento contractual quedó demostrado que antes de la suspensión del contrato, **Cellmóvil** había dado cabal ejecución a sus estipulaciones.

En esa medida, al dejar de tener en cuenta su propia conducta en la celebración y ejecución del contrato al aducir el incumplimiento de la convocada, la convocante va contra la fuerza que tienen sus propios actos, que corresponden a una culpa propia si de ella se derivan consecuencias nocivas para la actora. Sin embargo, el Tribunal no comparte que la demanda fuera temeraria y producto de la mala fe, pues ello no se probó en el proceso, razón por la cual sólo prosperará el

enunciado inicial de la excepción.

3.5. “Inexistencia de abuso de posición dominante o de abuso contractual por parte de Telefónica”

Al resolver la pretensión 3. de la demanda, el Tribunal no encontró probado que **Telefónica** hubiese abusado de la posición de preeminencia que tenía en el contrato; los argumentos expuestos entonces sirven ahora al Tribunal para reconocer la prosperidad de esta excepción.

3.6. “Compensación”

En la medida que el Tribunal no encontró probada la existencia de obligaciones pecuniarias insatisfechas a cargo de **Telefónica** y a favor de **Cellmóvil**, el Tribunal queda relevado de hacer mayores disquisiciones sobre el tema, por lo cual esta excepción no puede prosperar.

3.7. “Pago”

Esta excepción no puede prosperar, porque el debate probatorio dentro del litigio no se enfocó en la búsqueda del reconocimiento de algún tipo de obligación económica insatisfecha por la convocada, sino que pretendió la imposición de condenas a **Telefónica** por la vía de la indemnización de daños y perjuicios.

3.8. “Transacción”

Al resolver la pretensión 1. de la demanda, donde se pedía reconocer la existencia de una sola relación comercial durante el tiempo en que las partes han tendido vínculos comerciales, el Tribunal reconoció el efecto de finiquito que tuvieron las actas de terminación y liquidación de los contratos anteriores al C-0815-06 que rigieron la actividad comercial

interpartes, razón por la cual se declaró la prosperidad de esta excepción.

3.9. “Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas. Inexistencia de derecho para reclamar. Unilateralismo lícito.”

La modificación de las condiciones y montos de la remuneración del agente, que efectivamente se presentaron durante la ejecución del contrato, no fueron materia de pretensión ni debate probatorio en este proceso y por ello no se puede acoger esta excepción.

3.10. “Inexistencia de abuso contractual por parte de Telefónica”

Para acoger esta excepción el Tribunal reitera los argumentos expuestos para despachar desfavorablemente la pretensión 3. de la demanda. Reiterando que no quedó demostrado el abuso alegado de la posición de preeminencia de la que efectivamente **Telefónica** gozaba en el contrato.

3.11. “Desconocimiento de actos propios”

El Tribunal reitera los argumentos expuestos al acoger la excepción 4. y con base en ellos despachará favorablemente esta excepción.

3.12. “Terminación de los contratos No. C-0380-05 y 1299 de 7 de noviembre de 2000” (sic).

Al estudiar la pretensión 1. de la demanda el Tribunal no sólo reconoció la terminación de los Contratos 1299 de 2000 y 0380 de 2002, sino también la de los demás negocios que celebraron las partes con excepción del C-0815-06; así mismo reconoció los efectos de tales hechos, para significar que entre las partes actualmente sólo rige con poder vinculante el contrato celebrado en el año 2006, lo que descarta

cualquier reclamación que se pudiera desprender de los anteriores negocios. Lo dicho es suficiente para acoger esta excepción.

**3.13. “Caducidad de la posibilidad de objetar los descuentos.
Renuncia válida a presentar reclamaciones sobre pagos de
comisiones.”**

Advierte el Tribunal que ni las pretensiones de la demanda ni el debate probatorio se encaminaron a buscar la declaratoria de derecho alguno relacionado con los descuentos que pudieron haberse practicado a las comisiones del agente. Por lo anterior se rechazará esta excepción.

**3.14. “Aceptación de las condiciones de remuneración
contractualmente pactadas.”**

Reitera el Tribunal que en la demanda no se hizo reclamo alguno frente al tema de la remuneración del agente, por lo cual igualmente se descarta esta excepción.

**3.15. “Incumplimiento del deber de mitigar el daño o impedir la
propagación de sus efectos.”**

La excepción en estudio se sustentó respecto de hechos que tienen que ver con la remuneración del agente; toda vez que como se advirtió antes tal tema no fue materia de debate probatorio, el Tribunal negará esta excepción.

3.16. “Asunción de riesgos”

Al estudiar la pretensión 2.1. de la demanda el Tribunal encontró que **Telefónica** había explicado a los agentes el cambio que se implementaría en el nuevo contrato para el manejo de inventarios y suministro de equipos, por lo cual éstos, incluido **Cellmóvil**, sí debían conocer y prever las implicaciones económicas y operativas que tendría

el tener que valerse de terceros para adquirir los equipos. En ese sentido, es válido aceptar que el agente debe asumir las consecuencias de la ponderación que pudo haber hecho de tal situación. Por lo expuesto se declarará probada esta excepción.

3.17. “Prescripción de las acciones y reclamaciones derivadas de eventuales incumplimientos anteriores al año 2005.”

En la medida en que no prosperó la pretensión 1. de la demanda, con lo cual el debate en este proceso se circunscribió a hechos relacionados con el Contrato C-0815-06, celebrado a finales del año 2006, no procede reconocer la prosperidad de esta excepción.

3.18. “Suficiente diligencia de Telefónica”

Al resolver la pretensión 2.3. de la demanda y su consecuencial 4.3., el Tribunal no encontró probado que **Telefónica** haya actuado de mala fe en la ejecución del C-0815-06, pues atendió las obligaciones que emanaron del contrato y no fue indiferente a los problemas logísticos y económicos que padeció el agente. Por lo expuesto el Tribunal acogerá esta excepción.

3.19. “La genérica”

El Tribunal no encontró probada la existencia de hechos que configuren alguna excepción cuyo reconocimiento deba declarar oficiosamente.

4. SOBRE LA SOLICITUD DE SANCIÓN LEGAL A LA CONVOCADA

Solicita el apoderado de la convocante se sancione a la convocada por cuanto en su concepto fue renuente a exhibir y entregar al Tribunal y a la perito algunos documentos probatorios.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta las consideraciones que

preceden y las conclusiones a que se ha llegado, el tribunal se abstendrá de efectuar valoración alguna sobre esa conducta por cuanto ella no tiene trascendencia para las decisiones que aquí se adoptan.

VI. COSTAS

Teniendo en cuenta que ninguna de las pretensiones de la demanda ha prosperado, de conformidad con lo previsto por el numeral 1° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal condenará en costas totales del proceso a la parte convocante.

De conformidad con las tarifas previstas en el acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, el Tribunal fija la suma de CIENTO DIEZ MILLONES SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS QUINCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$110.067.815,00) por concepto de agencias en derecho.

Siguiendo el anterior razonamiento, procede el Tribunal a efectuar la liquidación de costas:

CONCEPTO	VALOR	VALOR MÁS IVA
50 % de honorarios de los árbitros, del secretario y gastos de funcionamiento de la Cámara	\$ 220.135.631,00	\$ 255.357.331,00
50% Partida de gastos	\$ 30.500.000,00	

TOTAL COSTAS A PAGAR SIN AGENCIAS	\$ 285.857.331,00
Más agencias en derecho	\$ 110.067.815,00
TOTAL LIQUIDACIÓN CON AGENCIAS	\$ 395.925.146,00

Teniendo en cuenta las liquidaciones anteriores, en la parte resolutive se condenará a **Alianza Cellmóvil S.A. en Liquidación** al pago de la suma de TRESIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$395'925.146,00) por concepto de costas.

VII. PARTE RESOLUTIVA.

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de mérito propuestas por **Telefónica Móviles Colombia S.A.** contra la demanda, denominadas: *"Inexistencia de los incumplimientos alegados"*, *"Comportamiento contrario a sus propios actos"*, *"Inexistencia de abuso de posición dominante o de abuso contractual por parte de Telefónica"*, *"Transacción"*, *"Inexistencia de abuso contractual por parte de Telefónica"*, *"Desconocimiento de actos propios"*, *"Terminación de los contratos No. C-0380-05 y 1299 de 7 de noviembre de 2000"* (sic) y *"Asunción de riesgos"*; así mismo se declara la prosperidad parcial de la excepción de mérito titulada *"Inexistencia de las obligaciones que se presentan como incumplidas"*, y de la excepción de *"prescripción"* la cual prospera en relación con las acciones derivadas de los contratos de agencia comercial No. 1301 y 1299, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar no probadas las demás excepciones de mérito propuestas por la parte convocada.

TERCERO: Declarar, en cuanto al suministro de equipos, que con la suscripción del Contrato C-0815-06 **Telefónica Móviles Colombia S.A.** no adquirió la obligación de suministrar directamente equipos a **Alianza Cellmóvil S.A. en Liquidación**, pues para tal efecto se previó que en la ejecución del contrato se valdría de la intervención de los operadores logísticos o administradores de inventarios denominados “*mayoristas*”, a quienes los agentes debían comprar los equipos conforme se precisó en la parte motiva de este laudo.

CUARTO: Declarar, en cuanto a la adecuación de los puntos de venta propios de **Alianza Cellmóvil S.A. en Liquidación**, que con la suscripción del Contrato C-0815-06 **Telefónica Móviles Colombia S.A.** sólo adquirió la obligación de adecuarlos a la imagen publicitaria definida por ella, conforme se expuso en la parte motiva de este laudo.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda formulada por **Alianza Cellmóvil S.A. en Liquidación** en contra de **Telefónica Móviles Colombia S.A.**

SEXTO: Condenar a **Alianza Cellmóvil S.A. en Liquidación** a pagar a **Telefónica Móviles Colombia S.A.**, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$395'925.146,00) por concepto de costas de este trámite arbitral, según liquidación que se hizo en la parte motiva.

SÉPTIMO: Ordenar la expedición, por Secretaría, de copia auténtica e íntegra de este Laudo con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo.

OCTAVO: En observancia del artículo 18 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de

Comercio de Bogotá, en firme esta providencia, remítase el expediente a dicho centro para su archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Esta providencia queda notificada en estrados.

SAÚL FLÓREZ ENCISO

Presidente

FLORENCIA LOZANO REVÉIZ

Árbitro

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ

Árbitro

ANTONIO PABÓN SANTANDER

Secretario